

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS JUDICIALES QUE LE AFECTEN

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ*
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA STC 152/2005, DE 6 DE JUNIO. 1. *Los hechos*. 2. *La decisión del Tribunal Constitucional*.—III. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. 1. *Regulación en el Código Civil*. 2. *Regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 3. *El art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*. 4. *Modificaciones introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*. 5. *Conclusión: distinción entre la audiencia judicial y la audiencia extrajudicial*.—IV. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS JUDICIALES. 1. *El menor como parte, como testigo, como objeto de pericia o como sujeto con derecho a ser oído*. 2. *¿Ha de darse audiencia al menor en todo caso, o sólo cuando éste lo solicite?* 3. *La «suficiencia de juicio» del menor*. 4. *Tratamiento jurisprudencial de la audiencia del menor*. 5. *Consecuencias de la inobservancia del trámite de audiencia*. 6. *La doctrina del Tribunal Constitucional: las SSTC 221/2002 y 71/2004*. 7. *La omisión de la audiencia del menor como un supuesto de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*.

RESUMEN

Al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio, el presente artículo analiza el régimen jurídico del derecho del menor a ser oído en los procesos judiciales que le afecten. Se estudia la normativa española sobre la materia, contenida en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en la reciente Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica la normativa sobre separación y divorcio. También se estudia el tra-

* Este comentario ha sido realizado dentro del Proyecto «Conflicto, rupturas y negociación en crisis familiares», que dirige el prof. Ángel Carrasco Perera, aprobado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2005-2007 (SEJ 2005-01390).

tamiento jurisprudencial de la audiencia del menor, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 221/2002 y 71/2004), y hasta qué punto la omisión de la audiencia del menor puede considerarse como un supuesto de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial efectiva; derechos de los menores; derecho de audiencia; tutela; adopción; separación; divorcio; patria potestad; adopción.

ABSTRACT

This article analyses the legal regime governing the right of minors to be heard at judicial proceedings that affect them, in the light of the Constitutional Court ruling 152/2005, 6th June. It studies the Spanish regulations on the matter, contained in the Civil Code, the Civil Procedure Act, article 9 of Organic Law 1/1996, 15th January, on Legal Protection of Minors, and the recent Act 15/2005, 8th July, which amends the regulations on separation and divorce. It also studies how jurisprudence treats the way minors are heard, the doctrine established by the Constitutional Court (Sentences 221/2002 and 71/2004), and to what degree failure to hear the minor can be considered a violation of the minor's right to effective judicial protection.

KEY WORDS: Effective judicial protection; minors' rights; right to be heard; protection, guardianship; adoption; separation; divorce; custody.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En los últimos años se ha asistido a una proliferación de la normativa caracterizada por la necesidad de proteger y amparar, desde diversas perspectivas, la situación en la que se encuentran los menores. En el ámbito estatal destaca, por su importancia, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Pero existen otras leyes estatales recientes que, con mayor o menor alcance, pretenden una mejora de la situación de los menores (1). Las Comunidades Autónomas no han permanecido al margen de este movimiento. De hecho, prácticamente todas han elaborado sus propias leyes de atención al menor.

Uno de los derechos que se reconocen al menor es el derecho a ser oí-

(1) Por ejemplo, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, que reforma el art. 9.5 CC en materia de adopción internacional; la LO 9/2002, de 10 de diciembre, que modifica varios preceptos del Código Civil y del Código Penal en materia de sustracción de menores; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, dictada con el objetivo de potenciar y reforzar las relaciones familiares de los nietos con sus abuelos; o la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que contiene disposiciones específicas respecto a la patria potestad, custodia y régimen de visita a los hijos (arts. 65 y 66).

do. Parece conveniente que el menor pueda expresar su opinión antes de que se adopte alguna decisión que le pueda afectar, en el seno de la familia o en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Los menores, como seres a los que hay que conceder una especial protección, tienen que ser escuchados, para que su opinión sea tomada en consideración por quien ha de tomar una decisión que les va a afectar. En las páginas que siguen me propongo realizar un estudio del derecho del menor a ser oído en la normativa estatal. La STC 152/2005, de 6 de junio, constituye la última de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional en las que se sanciona la falta de audiencia del menor en un proceso judicial como una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

El trabajo se estructura en las siguientes partes. En primer lugar, analizaré la STC 152/2005, de 6 de junio. En concreto, los hechos de los que deriva la sentencia y cuál es la decisión que adopta el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, examinaré la normativa estatal sobre el derecho del menor a ser oído, contenida en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la LO 1/1996, y los cambios introducidos en esta materia por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Y en tercer lugar, trataré de explicar en detalle el régimen jurídico de la audiencia del menor en los procesos judiciales. En qué casos debe el menor ser oído, si esa audiencia tiene carácter imperativo o sólo cabe a petición del interesado, los presupuestos necesarios para la audiencia, el tratamiento jurisprudencial de la materia y las consecuencias de la inobservancia del trámite de audiencia. Por último, hay que preguntarse si es acertado considerar la omisión de la audiencia del menor como una violación del derecho del menor a la tutela judicial efectiva.

II. LA STC 152/2005, DE 6 DE JUNIO

1. Los hechos

Los hechos de los que trae causa la STC 152/2005, de 6 de junio, son los siguientes. Doña Raquel G. M. formuló el 25 de octubre de 2000 demanda de separación matrimonial por causa legal contra don Miguel Ángel P. G. El matrimonio tenía dos hijos: Alberto, nacido el 2 de diciembre de 1993, y Natalia, nacida el 16 de octubre de 1999. El juez de primera instancia, en la tramitación de las medidas cautelares, oyó en exploración, el 26 de abril de 2001, al hijo de mayor edad, Alberto. Tras la audiencia recabó informe psicológico sobre Alberto, y en el mismo la

psicóloga aconsejó que se otorgara la guarda y custodia de los menores al padre. El 30 de abril de 2001 el Juzgado dicta auto acordando medidas provisionales, consistentes en la separación provisional de los cónyuges, atribución de la guarda y custodia de los hijos menores al padre bajo la potestad compartida de ambos progenitores, atribución a los hijos menores y al padre del disfrute de la vivienda familiar, régimen de visitas, contribución de la madre a la alimentación de sus hijos, pago de las deudas y amortización de la hipoteca del domicilio familiar compartidos, y otorgamiento del uso del vehículo familiar al esposo.

Finalizado el período probatorio, en el que se practicaron informe psicosocial por el equipo adscrito a los Juzgados de Familia, así como informe clínico sobre la personalidad del demandado Miguel Ángel P. G., el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, el 19 de diciembre de 2002, en la que se acordó elevar a definitivas las medidas provisionales previstas en el auto de 30 de abril de 2001. Respecto a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio se afirmaba allí que, habida cuenta de la contradicción en el informe psicosocial realizado y aportado como prueba, se acordaba su atribución al esposo, por entender que así lo aconsejaban el mantenimiento del *status quo* y la estabilidad emocional y ambiental de los hijos.

La demandante Raquel interpone recurso de apelación, en la que impugna la medida relativa a la atribución de la guarda y custodia de los hijos. El recurso es estimado por sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Sexta) de 29 de julio de 2003 (JUR 2003, 220413). Consta que durante la tramitación del proceso de apelación los hijos no fueron oídos en ningún momento por el tribunal. Según la sentencia, «la cuestión sometida a esta alzada, en orden a determinar la persona del progenitor que debe asumir la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, debe ser resuelta atendiendo al principio del beneficio del menor, recogido en el artículo 39 de la Constitución, así como en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas, de fecha 20 de Noviembre de 1959 y los artículos 92 del Código Civil en relación con el 93, 94, 103, 154, 158, 159 y 170 entre otros, ponderando las aptitudes de uno y otro progenitor respecto de lo que contribuya a un perfecto desarrollo de lo que constituye el motivo de protección» (FJ 2º). Añade que «en el caso que nos ocupa, la atribución de la guarda y custodia de los menores al padre, acordado en el auto de Medidas Provisionales, fue debido al trabajo de la esposa, auxiliar de clínica, y a su turno de trabajo, horario nocturno, lo que le imposibilitaba ejercer sus funciones de madre; sin embargo, esta circunstancia ha variado, según consta en el certificado,

obranste al folio 152, pues en la actualidad, sólo tiene horario de mañana, por lo que nada le impide atender a sus hijos. Por otra parte ha quedado probada la escasa capacidad del Sr. Miguel Ángel para realizar las tareas domésticas propias de una casa, máxime cuando tiene niños a su cargo, como lo demuestran las fotografías obrantes en autos (folios 166 a 173). Si a todo ello unimos la corta edad de los menores, en cuya etapa de la vida necesitan mayor presencia materna para su estabilidad emocional, así como el informe emitido por el equipo psicosocial del Juzgado, y más concretamente las conclusiones y valoración psicológica que obra al folio 281, llegamos a la conclusión de que el recurso debe ser estimado» (FJ 3º). Siguiendo esta argumentación, la SAP estima el recurso de apelación, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el único extremo de atribuir la guarda y custodia de los menores a la madre, doña Raquel, y concediéndose a los menores y a la madre el uso y disfrute del domicilio familiar

Contra esta sentencia promovió el Ministerio Fiscal un incidente de nulidad de actuaciones por entender que incurría en incongruencia omisiva, al no resolver sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de visitas del cónyuge no custodio, y la pensión por alimentos. Asimismo, estimaba que se había vulnerado el derecho fundamental de los menores a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva, por no haber sido explorados por la Sala; que incurría en falta de motivación; y que vulneraba el derecho del hoy demandante de amparo a no ser discriminado por razón de sexo.

La Audiencia Provincial de Sevilla dicta nueva sentencia el 25 de febrero de 2004 (JUR 2004, 105959). En ella estima en parte el incidente de nulidad de actuaciones, y atribuye el uso de la vivienda familiar a los menores y al cónyuge custodio (es decir, a Raquel), fija la pensión de alimentos para los menores (30.000 ptas. para los dos hijos) y el derecho de visitas del cónyuge no custodio (en los mismos términos en que estaba cuando la guarda y custodia de los menores correspondía al padre). La sentencia mantiene la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre. Y en relación con la violación de los derechos fundamentales alegada por el Ministerio Fiscal, establece que «no existe obligación alguna de oír al menor al tener menos de doce años; por otra parte no fue oído en primera instancia, y tampoco fue solicitada esta prueba por el Ministerio Fiscal, en dicha instancia» (FJ 2ª).

Miguel Ángel interpone recurso de amparo contra la SAP de 25 de febrero de 2004. Alega vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CC), del derecho de sus hijos menores a la integridad física y moral (art. 15 CE), y de su derecho y el de sus hijos a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por

falta de motivación de la sentencia, y del derecho de los hijos menores a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por no practicarse la audiencia a los menores. Es este último asunto el que merece nuestra atención.

En su escrito de alegaciones, el Ministerio Fiscal rechaza los argumentos esgrimidos por el actor, salvo en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva. La lesión del derecho a una tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE ha de conectarse con la falta de audiencia del menor Alberto P. G. en la apelación y en los errores patentes que se denuncian de la sentencia, que abocan a una motivación errada, o al menos basada en datos no contrastados. Ni es cierto que el menor no fue oído en primera instancia, ni existen datos objetivos y formalmente plasmados en la sentencia del juez para afirmar, como hace la Audiencia Provincial, que la atribución de la custodia al padre fue debida al trabajo de la esposa. Para el Ministerio Fiscal, la aplicación al presente caso de la doctrina contenida en la STC 221/2002, de 25 de noviembre, determina que, contrariamente a lo que se afirma por la Audiencia Provincial, es obligada la audiencia de los menores en supuestos como el aquí enjuiciado, en el que el resultado afectaba a su esfera personal y familiar, por cuanto suponía el cambio de persona encargada de su guarda y custodia. A ello habría que unir la edad del menor Alberto P. G. en la época en que se suscita su exploración, que —dice el Ministerio Fiscal— era de 11 años, edad en la que entiende presumible el suficiente juicio para expresar su parecer sobre el cambio de custodia. Concluye el Fiscal que la falta de audiencia, que no se justifica por las razones aparentes que se dan, produjo la lesión de la tutela judicial efectiva del recurrente.

Siguiendo esta argumentación, el Ministerio Fiscal concluye pidiendo que se dicte sentencia otorgando el amparo y anulando las dos sentencias dictadas por la Audiencia Provincial, para que la misma Sala acuerde la audiencia del menor Alberto o de los dos menores, pues debería oírse también a su hermana menor Natalia si, llegado el momento, tiene suficiente juicio para ser explorada sobre el cambio de guarda y custodia.

Doña Raquel pide al Tribunal Constitucional la desestimación del recurso de amparo. Razona que no se han producido las vulneraciones de derechos alegadas por el recurrente; no ha habido una discriminación por razón de sexo, ni pueden calificarse de patentes los supuestos errores cometidos por la Audiencia Provincial, pues el menor no fue oído en el pleito principal y los horarios de trabajo de la madre fueron la base de la atribución de la guarda y custodia al padre en la primera instancia, no siendo necesario, en fin, que en la segunda instancia se practicara nueva prueba.

2. La decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de amparo. Los argumentos en que basa su decisión están contenidos en los Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto de la sentencia, que por su interés se reproducen a continuación:

«TERCERO. Entrando ya en el examen de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se nos invoca es claro que esta primera queja del recurrente tiene consistencia y debe ser acogida en esta sede de amparo. Consta que el menor fue oído en instancia, en contra lo que la Sentencia de la Audiencia recurrida asevera en forma equivocada, puesto que aunque no lo fuera en el pleito principal, como alega la representación de la demandada, sí se le exploró en el procedimiento que llevó a dictar las medidas provisionales (Auto de 30 de abril de 2001) que posteriormente serían elevadas a definitivas por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 19 de diciembre de 2002.

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 art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, 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 art. 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 art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). 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 art. 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.

CUARTO. 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 ésta la edad necesaria para que también sea tenida en cuenta su opinión».

Por todo ello, el Tribunal Constitucional decide, en el fallo de la sentencia, lo siguiente: 1º Otorgar parcialmente el amparo solicitado; 2º Reconocer el derecho de don Miguel Ángel P. G. y de sus hijos menores, don Alberto P. G. y doña Natalia P. G., a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); 3º Anular las sentencias de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de julio de 2003 y 25 de febrero de 2004; 4º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las citadas sentencias para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

III. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

En nuestro derecho positivo existen numerosos preceptos que reconocen el derecho del menor de edad a ser oído. En las páginas que siguen se examinará cuál es la regulación existente en la materia. Pero conviene advertir que se analizará exclusivamente la normativa de ámbito estatal. Por tanto, se prescinde de la ingente normativa autonómica dictada en materia de protección de menores, a pesar de que es usual la inclusión en la ley autonómica correspondiente que regula con carácter general los derechos de los menores de un precepto relativo al «derecho a ser oído» (2). Se trata, en muchos casos, de una norma que se inspira directamente en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Pero existe además normativa autonómica específica que también reconoce, en determinadas hipótesis, el derecho de audiencia del menor. Así sucede, por ejemplo, en materia de mediación familiar. En concreto, la Ley 4/2005, de Castilla-La Mancha, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, contempla en su art. 14.2 el derecho de los menores e incapaces a ser oídos por el mediador en los mismos términos que el art. 92.II CC (antes de su reforma por la Ley

(2) Así sucede, por ejemplo, en el art. 14 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor; art. 13 de la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia; art. 11 de la Ley asturiana 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores; art. 15 de la Ley castellano-manchega 3/1999, de 31 de marzo, que regula las competencias en materia de menores; art. 15.2 de la Ley murciana 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia; art. 13 de la Ley riojana 4/1998, de 18 de marzo, que regula los derechos del menor; art. 15 de la Ley cántabra 7/1999, de 28 de abril; art. 8.j) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, sobre protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia; art. 5.4 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

15/2005). Salvo error por mi parte, se trata de la única ley autonómica sobre mediación familiar que reconoce este derecho del menor (3).

1. Regulación en el Código Civil

En el Código Civil son varios los preceptos que contemplan la audiencia del menor, si bien es cierto que en ocasiones existen diferencias importantes en la regulación que de esa audiencia se hace. A efectos expositivos, conviene examinar la normativa que contempla el derecho del menor a ser oído en función del ámbito material en que la misma se encuadra. Distinguiremos así su regulación en las crisis matrimoniales, en materia de patria potestad, en la adopción, y en la tutela y otras instituciones de protección.

A) En las crisis matrimoniales

En este ámbito, cabe citar, en primer lugar, el art. 92.II CC. Conforme a este precepto, en la redacción dada al mismo por la Ley 30/1981, y antes de la modificación operada por la Ley 15/2005, «las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de doce años».

La norma establece un mandato al órgano judicial encargado de la resolución de un proceso de nulidad, separación o divorcio. Antes de adoptar una medida relativa al «cuidado» y «educación» de los hijos, habrá de oír a los hijos menores de edad que sean mayores de doce años, si los hubiere. Aquí el juzgador no tiene capacidad de maniobra, en la medida en que el mandato de la norma le vincula: si hay algún hijo que cumple ese requisito (ser mayor de doce años), el juez deberá oírlo necesariamente. No sucede lo mismo con los hijos menores de doce años, pues el criterio adoptado por el legislador para darles audiencia en el proceso judicial es el de la «suficiencia de juicio». Si el juez entiende que el menor tiene juicio suficiente, habrá de darle audiencia y oírlo.

La audiencia contemplada en el art. 92.II CC puede calificarse de «procesal», en el sentido de que se desarrolla en el marco de un proce-

(3) Se trata de una audiencia extrajudicial, realizada fuera de un proceso judicial; en concreto, en el marco del procedimiento de mediación familiar.

so judicial. Esta conclusión es evidente si se advierte que la norma alude a las «medidas judiciales» que el juez puede/debe adoptar en un proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio. El art. 92.II CC sólo se refiere a la audiencia del menor dentro de ese proceso judicial. Esta afirmación puede resultar contradictoria con la STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3550), que establece que el precepto tiene un carácter sustantivo, y no procesal. Tal contradicción no existe, pues lo que la sentencia aborda es si puede calificarse tal audiencia como un «acto procesal» a los efectos del art. 238 de la LOPJ, que reputa con nulos de pleno derecho determinados «actos procesales».

El art. 92.II CC, que obliga al juez a realizar la audiencia al menor cuando se dan las circunstancias legales citadas, sólo opera en los procesos contenciosos de nulidad, separación o divorcio. No aparece prevista en el art. 90 CC para los casos en los que los cónyuges actúan de mutuo acuerdo. Aún así, se ha defendido que también en ese caso puede resultar preceptiva la audiencia (DA 6º.6 de la Ley 30/1981) (4). Solución esta que, como más adelante se verá, fue posteriormente asumida por la LEC. Por otra parte, y en la medida en que el art. 92.II CC únicamente alude a las medidas definitivas, hay que plantearse si también es necesaria la audiencia para la adopción de las medidas provisionales (art. 103 CC). La respuesta debe ser positiva (5). Más discutible es cumplir con ese trámite para la adopción de las medidas provisionales (art. 104 CC), por la brevedad con que deben ser adoptadas.

B) En la patria potestad

En materia de patria potestad, el art. 154.III CC prevé la audiencia del menor, con un significado muy diferente al otorgado en el art. 92.II CC. La ley atribuye la patria potestad de los hijos menores no emancipados a sus padres (padre y madre); patria potestad que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos (*favor filii*). «Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» (art. 154.III CC). La norma constituye una garantía de que

(4) SÁNCHEZ PRIETO, «La audiencia del menor en las causas matrimoniales. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 14 de mayo de 1987», *La Ley*, 1988-1, pp. 961.

(5) RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al art. 92», en LACRUZ BERDEJO (Coord.), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del Libro Primero del Código Civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas 2004, pp. 1021; LOMBARDO VÁZQUEZ, «Problemática que plantea la audiencia de los hijos menores en la aprobación de los convenios y sus incidencias», en AAVV, *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, 2ª ed., Pamplona, 1989, pp. 401.

los padres actuarán de la manera más beneficiosa para el menor, en la medida en que previamente han tenido conocimiento de las opiniones de éste acerca de futura actuación enmarcada en el ejercicio de la patria potestad. Se trata, en todo caso, de una audiencia extrajudicial, es decir, de una audiencia que funciona fuera de un proceso judicial.

De la lectura del precepto se advierte que la audiencia del menor no se vincula a que éste tenga una determinada edad. Basta con que el menor tenga «suficiente juicio», esto es, que sea capaz de expresar una opinión madura y razonable. Pero es necesario, además, que la decisión que los padres hayan de adoptar «le afecte» al menor. Si no le afecta, el menor no debe ser oído. No resulta fácil averiguar en qué casos la decisión de los padres afecta al menor. Pero sí parece claro que debe hacerse una interpretación amplia del precepto. En consecuencia, es suficiente que la decisión le afecte de cualquier modo. Como la norma no contiene restricciones de este tipo, cabe tanto una afectación directa como indirecta. Dado que los padres adoptan esa decisión en el ejercicio de la patria potestad, es normal que prácticamente todas las decisiones que tomen en ese marco afecten, de una u otra manera, al menor. Se trata, en definitiva, de que la opinión del menor sea conocida por los padres, para que pueda servir a éstos, junto con otros criterios, para determinar cuál es la decisión más beneficiosa para los hijos.

La audiencia del menor también se prevé en el art. 156 CC, para el caso de que el ejercicio conjunto de la patria potestad plantee problemas, al existir desacuerdos entre los progenitores. En tal caso, se prevé que cualquiera de los progenitores pueda acudir al juez, «quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre» (art. 156.II CC). Aunque no se diga expresamente, el criterio que debe presidir la decisión del juez es el beneficio del hijo, en los términos establecidos en el art. 154 CC (6). Se contempla, pues, una audiencia procesal o judicial.

Por su parte, el art. 159 CC dispone que, si los padres viven separados y no deciden de común acuerdo al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, decidirá el juez, siempre en beneficio de los hijos. «El juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

No constituye un supuesto de audiencia del menor el regulado en el art. 162.III CC. Esta norma, tras afirmar que los padres que ostentan

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

la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores, y describir una serie de casos en los que se excluye esa representación legal, establece que «para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio». Para celebrar válidamente ese tipo de contratos, no es que haya que dar audiencia al menor, sino que éste debe consentir, siendo ese consentimiento uno de los requisitos esenciales del contrato (art. 1261 CC). No hay, por tanto, tal audiencia.

C) En la adopción

El art. 177 CC regula la constitución de la adopción. Debe consentir la adopción el adoptante o adoptantes, y el adoptando mayor de doce años (art. 177.1 CC). El párrafo tercero establece un trámite de audiencia que necesariamente ha de dar el juez a determinados sujetos, antes de constituir la adopción. Entre estos sujetos está «el adoptando menor de doce años, si tuviere juicio suficiente». Se trata de una audiencia judicial, pues debe realizarse ante el juez encargado de dictar la resolución judicial constitutiva de la adopción. El adoptando menor de doce años debe ser oído si tiene «juicio suficiente», lo que precisa de apreciación judicial en cada caso concreto. La jurisprudencia ha entendido que la opinión que manifieste el adoptando no vincula al juez, aunque deberá tenerla muy en cuenta a la hora de decidir si acuerda o no la constitución de la adopción (STS 18 marzo 1989; RJ 1987, 1515), sobre todo en el caso de que su opinión sea negativa (STS 19 febrero 1988; RJ 1988, 1117).

D) En la tutela y en otras instituciones de guarda

Cuando un menor está en situación de desamparo, la entidad pública a la que, en la respectiva Comunidad Autónoma, esté encomendada la protección de los menores desamparados, asumirá por ministerio de la Ley la tutela de los mismos. En esta materia hay cuatro preceptos que se refieren a la audiencia del menor. En primer lugar, el art. 231 CC, que en relación con la constitución de la tutela, prevé que el juez conceda audiencia, antes de adoptar una decisión, a determinados sujetos, y entre ellos, en todo caso, al tutelado «si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años». Se trata de una audiencia judicial, que sigue los parámetros ya empleados en otros preceptos: es preceptiva si concurre el requisito objetivo de la edad (más de doce años del tutelado) o el requisito subjetivo de la suficiencia de juicio.

El segundo precepto es el art. 237 CC, que regula la posibilidad de ejercicio conjunto de la tutela por varios tutores. En tal caso, las facultades que integran la tutela habrán de ser ejercitadas conjuntamente por todos. Si no existe acuerdo entre los varios tutores, el juez, «después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente» (art. 237.II CC). Por su parte, el art. 248 CC, que versa sobre la remoción de la tutela, legitima al tutelado para pedir la remoción de la tutela, y si fuera él u otro legitimado el que solicita la remoción del tutor, el juez deberá darle audiencia al tutelado «si tuviere suficiente juicio». Por último, ha de oírse al menor en los supuestos en que sea precisa la autorización judicial para que el tutor pueda realizar los actos incluidos en los arts. 271 y 272 CC. Así lo establece el art. 273 CC, según el cual el juez, antes de autorizar cualquiera de esos actos, oirá al Ministerio Fiscal y «al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno». Adviértase cómo este precepto utiliza el criterio objetivo de los doce años de edad, y un criterio subjetivo que no es el de la suficiencia del juicio del menor, sino el de la oportunidad de su intervención, para ser oído, a petición del juez. Se introduce así un amplio margen de discrecionalidad para el juzgador, que permite que, aunque el menor de doce años tenga juicio suficiente, se omita el trámite de audiencia, por no considerarlo oportuno el juez.

En materia de tutela, existe una última norma que prevé un trámite de audiencia, aplicable a todo tutelado, con independencia de su edad y juicio. Me refiero al art. 280 CC, que dispone que antes de resolver el juez sobre la aprobación de cuentas de un tutor, oiga a varios sujetos, entre ellos «a la persona que hubiera estado sometida a tutela».

En cuanto al acogimiento, se establece una doble intervención del menor. Por una parte, para la constitución del acogimiento convencional se prevé el consentimiento de la entidad pública, de los sujetos acogedores y del menor «si tuviere doce años cumplidos» (art. 173.2 CC). Se requiere, por tanto, el consentimiento del menor mayor de doce años, aunque las posiciones doctrinales oscilan entre aquellos que consideran que el consentimiento del menor es un requisito esencial para que quepa formalizar el acogimiento familiar, incluso judicialmente, y los que estiman que resulta posible que éste surja, no obstante la existencia de una disconformidad expresa manifestada por el menor (7). Por otra parte, en caso de acogimiento constituido judicialmente (que es decretado por el juez, en interés del menor, cuando los padres o el tu-

(7) Sobre el particular, en detalle, DÍEZ GARCÍA, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 412 y ss.

tor se oponen o no consienten el acogimiento; art. 173.3 CC) sí se prevé el típico trámite de audiencia. Según el art. 1828 de la LEC de 1881 (declarado en vigor por la nueva LEC), el juez oirá a los padres no privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor, en su caso, «y al menor de doce años que tuviera suficiente juicio» (art. 1828.II). Por otra parte, llama la atención que al regular la cesación del acogimiento (art. 173.4 CC), no se prevea con carácter general la audiencia del menor. Sí se exige, en cambio, en una hipótesis concreta: en el caso de cesación judicial del acogimiento, donde se dispone que el juez oirá, entre otros sujetos, al menor (art. 1828.V LEC de 1881).

La audiencia del menor sólo se prevé en nuestro Código para los casos que acaban de enumerarse. Por lo tanto, no existe audiencia del menor fuera de estos supuestos. Esta afirmación, sin embargo, ha sido matizada en varios sentidos. Así, SEISDEDOS MUIÑO ha mantenido que de todos los preceptos del Código Civil que exigen la audiencia del menor puede inducirse un criterio general, aplicable a supuestos no previstos expresamente, según el cual, en el ámbito del derecho de familia, en cualquier procedimiento judicial que afecte a un menor el juez ha de escuchar siempre a ese menor si tiene juicio suficiente (8). No comparte esta tesis, pues si el legislador sólo prevé la audiencia del menor en algunos supuestos, ello es porque no la considera necesaria en los demás. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que leyes posteriores, en concreto la LO 1/1996 (art. 9) y la LEC (arts. 770.4ª y 777.5) reconocen la audiencia del menor con gran amplitud.

La jurisprudencia ha seguido esa misma dirección. En los casos en que el Código Civil establece el trámite de audiencia con carácter necesario, habrá de cumplirse; así, por ejemplo, la STS de 14 de mayo de 1997 (RJ 1987, 3550). Sin embargo, en un proceso de privación de la patria potestad, el Tribunal Supremo ha entendido que no es necesario oír a la menor, pues no lo exige el Código Civil (STS de 25 de junio de 1994; RJ 1994, 6502) (9).

2. Regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La LEC prevé, para determinados supuestos concretos, la audiencia del menor. Llama la atención, en primer lugar, cómo esta materia ha si-

(8) SEISDEDOS MUIÑO, «Comentario a la STS de 25 de junio de 1994», *CCJC*, 1994, nº 36, pp. 1181.

(9) Comentada por SEISDEDOS MUIÑO, «Comentario a la STS de 25 de junio de 1994», *CCJC*, 1994, nº 36, pp. 1175 y ss.

do regulada en la nueva ley procesal de espaldas a la regulación contenida la LO 1/1996. El legislador opera, de hecho, como si no existiera el art. 9 de la LO 1/1996, que regula con amplitud el derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial.

Uno de los fines de la LEC es conseguir una unificación de los diferentes procedimientos especiales que existían con anterioridad. Con esa finalidad, regula en el Libro IV los «procesos especiales», y dentro de ellos, en el Título I, los «procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores». En realidad, en ese Título se incorporan los procesos que versan sobre las siguientes materias: i) capacidad de las personas y declaración de prodigalidad (arts. 756 a 763); ii) filiación, paternidad y maternidad (arts. 764 a 768); iii) nulidad matrimonial, separación y divorcio, y los de modificación de medidas adoptadas en ellos (arts. 769 a 778); iv) guarda y custodia de los hijos menores, y sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos (arts. 779.3 y 770.6); v) los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial (art. 778); vi) los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y los que versen sobre necesidad y asentimiento en la adopción (arts. 779 a 781). En ninguno de esos procesos se prevé, con carácter general, la audiencia de los menores de edad. Tal previsión sólo existe en los arts. 770.4 y 777.5 LEC.

Además de los citados, regulados en el Título I del Libro IV de la LEC, existen otros procesos de familia. Así, por ejemplo, el procedimiento sobre medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (arts. 1901 a 1909 de la LEC de 1881, modificados por la LO 1/1996); los procedimientos sobre acogimiento de menores y adopción (arts. 1825 a 1832 de la LEC de 1881); el procedimiento sobre medidas provisionales en relación con los hijos de familia (arts. 1910 a 1918 de la antigua LEC); procedimientos derivados del derecho de patria potestad (arts. 156 a 159 y 132 CC); los derivados del derecho a relacionarse con los hijos (arts. 160 y 161 CC); los procedimientos en relación con los bienes de los hijos y de su administración (arts. 163 y 299, y 167 y 168 CC); el procedimiento sobre la enajenación de bienes de menores (arts. 2011 y ss. de la LEC de 1881); o el procedimiento sobre ausencia (arts. 2031 y ss. LEC 1881).

Salvo en algunos casos puntuales, como el art. 1828 de la antigua LEC, relativo al acogimiento judicial, o el art. 1907 de este mismo cuerpo legal, que se refiere al retorno de menores en los supuestos de sus-

tracción internacional, que sí establecen expresamente el trámite de audiencia al menor, en los demás casos no se prevé esa posibilidad.

Como ya se ha indicado, en el Libro IV de la LEC, relativo a los procesos especiales, únicamente dos preceptos establecen un trámite de audiencia del menor. Se trata de los arts. 770.4 y 777.5 LEC, incluidos ambos en el Capítulo IV, que se refiere a los «procesos matrimoniales y de menores». El primero de ellos, el art. 770, regula el procedimiento que han de seguir las demandas de separación y divorcio (salvo las presentadas de mutuo acuerdo por los dos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro), las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil (arts. 42 a 107 CC). También se rige por este procedimiento la modificación de las medidas definitivas solicitada por un cónyuge sin el consentimiento del otro (art. 775.2 LEC).

Según el art. 770, en el marco del procedimiento judicial se celebrará una vista, en la que se pueden practicar todas las pruebas que las partes soliciten y que el juez admita, y además el tribunal podrá acordar de oficio todas las pruebas que estime convenientes en relación con las medidas a acordar para los hijos menores o incapacitados. «Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años» (art. 770.4^a.II LEC). La literalidad de la norma es clara. Si hay hijos menores o incapacitados, se les oirá *en todo caso* si tienen doce años cumplidos. A los menores de esa edad se les oirá si tienen juicio suficiente. La doctrina, sin embargo, no siempre está de acuerdo con el carácter imperativo y reglado de la audiencia. Así, MARTÍN RICO ha defendido que cuando los cónyuges no estén en conflicto con relación a una determinada medida (por ejemplo, respecto a quién debe tener atribuida la guarda y custodia), no es necesario —ni conveniente— oír al menor (10). Como si la opinión de los hijos no debiera ser escuchada por el simple hecho de que sus padres están de acuerdo. Por su parte, BANACLOCHE PALAO entiende que, «a pesar de la redacción del precepto, no nos parece que sea obligatorio llamar siempre en tales casos como testigos a los hijos menores o incapacitados: sólo lo será cuando, como sucede con cualquier otra, dicha prueba resulte útil y pertinente... Por lo tanto, el precepto debe interpretarse en el sentido de que si, por ser su testimonio necesario para el proceso, resulta necesario llamar a declarar los hi-

(10) En «Los hijos menores de edad en la LEC 1/2000 (II)», en AAVV, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 262.

jos, si éstos son mayores de 12 años, se les debe oír en todo caso, mas si no alcanzan esa edad, queda a la discrecionalidad del tribunal decidir si los llama o no, en función del juicio que se pueda prever que tengan» (11). Esta interpretación no es, a mi juicio, acertada, pues la audiencia del menor prevista en el art. 770 LEC no es en concepto de testigo, sino como sujeto digno de protección cuya opinión debe ser escuchada por el juzgador. Conviene ya apuntar que este art. 770.4 LEC ha sido modificado por la Ley 15/2005, que añade un tercer párrafo.

El segundo precepto que prevé una audiencia del menor es el art. 777 LEC, norma que contempla el procedimiento que debe seguirse para las peticiones de separación o divorcio solicitadas de mutuo acuerdo por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Su apartado 5 dispone que «si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años». La imperatividad de la audiencia al menor es incontestable. A los mayores de doce años se les dará audiencia *siempre* (el art. 770.4 utiliza la expresión «en todo caso»). Los menores de esa edad deben ser oídos si tienen juicio suficiente. El art. 777.5 LEC ha sido modificado por la Ley 15/2005, con el alcance que luego se verá.

Llama la atención que la LEC exija la audiencia del menor en un procedimiento en el que los cónyuges actúan de mutuo acuerdo. ¿Pero no parece que en tal caso el interés del menor está suficientemente protegido, en la medida en que sus dos padres están de acuerdo en las medidas acordadas en el convenio regulador? Como señala la SAP Alicante, de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 694), «la experiencia parece estar demostrando, en la actualidad, que existen algunos casos en los que bajo la apariencia de un mutuo acuerdo, subyacen situaciones de violencia, conflictividad emocional, dependencia económica, y otras circunstancias que pueden determinar un régimen de guarda y custodia y de visitas, no movido por criterios de interés del menor, sino por otras razones».

La regulación del trámite de audiencia es escasa. Sólo se prevé en dos situaciones: en el procedimiento que han de seguir las demandas de separación y divorcio contenciosas, las de nulidad matrimonial, y las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil (art. 770 LEC), y en procedimiento de mutuo acuerdo de separación o divorcio (art. 777 LEC). También rige para el procedimiento

(11) En su «Comentario al art. 770», en DE LA OLIVA y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 1306 y 1307.

que resuelve la modificación de las medidas definitivas (por la remisión que hace el art. 775.2 a los arts. 770 y 777 LEC). Para las demás hipótesis no se ha previsto la audiencia del menor. Así, por ejemplo, no se regula en el art. 774 LEC, relativo a la adopción de las medidas definitivas, a pesar de la clara relación de este precepto con el art. 770 LEC (que sí prevé la audiencia del menor). Tampoco hay alusión alguna a la audiencia del menor en los procesos de medidas provisionales previas (art. 771), de medidas simultáneas a la admisión de la demanda (art. 773, que se remite al cauce procesal de las medidas previas), ni, como se ha señalado, de medidas definitivas (art. 774). En el caso de procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores no matrimoniales, las medidas cautelares que en ellos se adopten se regirán por lo que disponen los arts. 771, 772 y 774 para las medidas previas, simultáneas y definitivas (art. 770.6 LEC). Como la ley no indica nada más en relación con este proceso en que se dilucidan cuestiones referidas a hijos menores no matrimoniales, hay que entender que le son de aplicación, en la medida en que le puedan ser aplicables, lo dispuesto por el art. 770 LEC para todos los procesos matrimoniales; y entre ellas, el trámite de audiencia.

En definitiva, habida cuenta de que la LEC se publicó cuatro años después de la entrada en vigor de la LO 1/1996, lo razonable es que hubiera atendido de algún modo a la previsión que contiene el art. 9 de la LO 1/1996, coordinando el derecho del menor a ser oído establecido en ese precepto con la regulación general de los procesos civiles que se hace en la LEC. Tal coordinación es inexistente, por lo que corresponde al intérprete jurídico realizar una labor que, en buena técnica jurídica, debía de venirle dada por el legislador.

3. El art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

Con el fin de poner en consonancia nuestra legislación interna con la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y con el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, sobre adopciones internacionales, ratificados ambos por España, el legislador patrio dictó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM). Esta ley se apoya en un mayor reconocimiento del papel que los menores desempeñan en la sociedad, y en la exigencia de un mayor protagonismo para los mismos. Como señala la Exposición de

Motivos, el ordenamiento jurídico, en general, y la LO 1/1996, en particular, «va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». La mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos. La LO 1/1996 pretende avanzar en esta línea, y con ese fin regula en su Título I «los derechos de los menores». Dentro de estos derechos se regulan el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), el derecho a la información (art. 5), a la libertad ideológica (art. 6), el derecho de participación, asociación y reunión (art. 7), a la libertad de expresión (art. 8), y el derecho a ser oído (art. 9).

El art. 9 LOPJM, cuya rúbrica es «Derecho a ser oído», establece lo siguiente:

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 éste, 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 aquéllos.

Este precepto, que recibe una clara inspiración del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (12), ha recibido severas (y justifi-

(12) Dispone lo siguiente: «1. Los Estados partes garantizarán, al niño que esté en

cadadas) críticas. Su redacción es poco afortunada, hasta el punto de que, al igual que otros preceptos de la ley, parece recoger más un principio programático que una norma jurídica.

Para empezar, no resulta fácil adivinar qué menores pueden acogerse al derecho recogido en el art. 9 LOPJM. En una primera aproximación, y habida cuenta de que el apartado primero del precepto dispone que «el menor tiene derecho a ser oído», sin exigir requisitos adicionales de edad, madurez o suficiencia de juicio, pareciera que todo menor, sin excepciones, tiene derecho de audiencia. Esta interpretación, sin embargo, no puede acogerse, pues si la finalidad de la audiencia del menor es que éste pueda expresar libremente sus opiniones, únicamente procede cuando el menor tiene madurez y juicio suficiente como para poder tener una propia opinión. Son varios los argumentos que apoyan esta tesis. Por una parte, la Convención sobre los Derechos del Niño vincula el derecho del niño a expresar su opinión cuando «esté en condiciones de formarse un juicio propio» (art. 12.1). Por otra, el propio art. 9.2.I LOPJM establece 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», precepto que debe interpretarse en el sentido de que la suficiencia de juicio no es requisito sólo para poder designar una persona que transmita la opinión del menor, sino también para que éste propio menor pueda ejercitar personalmente el derecho a ser oído (13). Por último, la Exposición de Motivos de la ley, cuando se refiere al derecho del menor a ser oído en las cuestiones que le afecten, utiliza la expresión «ser escuchado si tuviere suficiente juicio», y, si bien es cierto que las Exposiciones de Motivos no tienen valor normativo, sí sirven como un elemento interpretativo más para averiguar el sentido de las normas jurídicas. En conclusión, no todo menor de 18 años tiene derecho a ser oído, sino sólo aquellos que tienen juicio suficiente (14).

condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional».

(13) ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Act. Civ.*, 1997-1, pp. 26.

(14) En este sentido, GARCÍA MÁZ, «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor», *Act. Civ.*, 1997-3, pp. 820; ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor...», *cit.*, pp. 26; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001, pp. 141.

En cuanto al ámbito objetivo del derecho de audiencia, el art. 9.1 LOPJM exige los siguientes requisitos. En primer lugar, el menor debe ser oído tanto en el ámbito familiar como en los procedimientos administrativos o judiciales en que esté directamente implicado. Evidentemente, el alcance del derecho de audiencia no es el mismo en cada uno de estos casos, de igual modo que tampoco son las mismas las consecuencias que se derivan del incumplimiento del derecho de audiencia. En todo caso, el derecho a ser oído viene limitado a los supuestos en los que el menor esté «directamente implicado» en la decisión que se pretende adoptar. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que el juzgador tendrá que analizar caso por caso. Por ejemplo, es evidente que existe esa implicación directa cuando se trata de decidir con cuál de los progenitores va a permanecer viviendo el menor, en régimen de guarda y custodia, cuál será el régimen de visitas del progenitor no custodio, o qué cantidad debe recibir en concepto de alimentos. Más dudoso es, en cambio, que el menor esté «directamente implicado» en la decisión administrativa de declarar en desamparo a alguno de sus hermanos, o en la decisión judicial de constituir una adopción que traerá a ese menor un nuevo «hermano» (el adoptado). En estos supuestos el sujeto directamente implicado en la decisión es el menor que se declara en desamparo o que va a ser adoptado. El segundo requisito guarda relación con la esfera del menor en la que la decisión ha de tener consecuencias. El menor tiene derecho a ser oído cuando la decisión que se adopte «afecte a su esfera personal, familiar o social». Tampoco aquí resulta fácil averiguar cuándo una decisión afecta o puede afectar a alguna de estas esferas. En cualquier caso, llama la atención que dentro del ámbito objetivo del derecho de audiencia no se incluyan los procedimientos relativos a la esfera patrimonial del menor (15).

Sobre el modo de llevar a cabo la audiencia, el art. 9.1.II LOPJM dispone que «en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad». No se advierte la razón por la que este modo de llevar a cabo la audiencia debe circunscribirse a los procedimientos judiciales, como establece el precepto. Parece razonable hacer aplicable esta norma a cualquier tipo de procedi-

(15) Críticos con esta ausencia, GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *La Ley*, 1996-1, pp. 1690; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica...*, cit., pp. 138; MATA RIVAS, «El derecho del menor a ser oído, y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el Derecho aragonés», *RDP*, 1996, octubre, pp. 738.

miento, judicial o no (16). Además, la audiencia debe practicarla siempre y directamente el juez, pudiendo quizás hacerse también en presencia del Ministerio Fiscal (17).

Tampoco está claro cuál es el contenido del derecho de audiencia. Como señala GULLÓN, «no se sabe exactamente qué es lo que el juez debe oír del menor» (18). El art. 9.2.II LOPJM alude a la «opinión» del menor, pero no se indica sobre qué. A mi juicio, la audiencia debe limitarse a cuestiones pertinentes, que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener. Ha de tratarse de preguntas útiles, que sirvan al juez para contribuir a esclarecer la cuestión sometida a la tutela judicial. Pero, en cualquier caso, las actuaciones judiciales no pueden pretender algo distinto de conocer la opinión del menor. Así, si las preguntas que se le formulan al menor versan sobre hechos, el menor está actuando como testigo, por lo que deben cumplirse las prescripciones que impone la LEC para tal hipótesis (arts. 360 y ss., y especialmente, el art. 361 LEC). Si se están analizando aspectos somáticos o psíquicos del menor, estará siendo objeto de una pericia. En definitiva, el objeto de la audiencia es que el menor exprese su opinión, su parecer, sobre los temas que le afectan y que están siendo objeto de ese procedimiento judicial o administrativo.

El menor, cuando tiene juicio suficiente, puede ejercitar ese derecho por sí mismo, «o a través de la persona que designe para que le represente» (art. 9.2.I LOPJM). A pesar del texto de la norma, no se trata de una hipótesis de representación, en el que la voluntad del representante vale como la del representado, produciendo efectos jurídicos en la esfera de éste. La persona que designa el menor no es un verdadero representante, sino un *nupcius*, esto es, un mero portavoz de la voluntad del menor. Así se infiere del art. 9.2.II, que se refiere a conocer la opinión del menor, esto es, la suya propia, y a la posibilidad de que otros sujetos puedan transmitirla (esa opinión, y no la que tengan ellos mismos) (19).

El art. 9.2 LOPJM se completa con un párrafo segundo, cuya interpretación no resulta fácil. Esta norma regula qué sucede cuando el menor, que tiene juicio suficiente, no puede ejercitar por sí mismo el derecho a ser oído o no conviene a su interés hacerlo, y además no ha designado a una persona para que manifieste su opinión. La imposibi-

(16) LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica...*, cit., pp. 138.

(17) RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 174.

(18) GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996...», cit., pp. 1693.

(19) GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996...», cit., pp. 1683.

lidad de dar audiencia al menor parece referirse a aquellos casos en que, por motivos que exceden del ámbito estrictamente jurídico, no cabe esa audiencia. En tales casos, los encargados de manifestar la opinión del menor serán sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, u otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitir su opinión objetivamente.

Finalmente, el apartado 3 del art. 9 LOPJM exige que la motivación de la denegación judicial de la audiencia solicitada por el menor, con el fin de que se oiga personalmente a él o a una persona que le represente. La decisión denegatoria, debidamente motivada, será comunidad al Ministerio Fiscal, al menor solicitante y, en su caso, a la persona que el menor haya designado en la petición como encargada de manifestar su opinión.

4. Modificaciones introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduce cambios sustanciales en el tratamiento que nuestro Código Civil hace de la separación y el divorcio. Esta Ley, que da nueva redacción a los arts. 68, 81, 84, 86, 90, 92, 97 y 103 CC, entre otros, abandona el clásico criterio legal —ya superado por la jurisprudencia— de la separación causal, para acoger ahora una separación que no se basa en causa alguna. Asimismo, renuncia a un divorcio considerado como un «segundo escalón», y regula el divorcio con la misma amplitud que la separación, de manera que los cónyuges ya no se ven obligados a pasar por el *tránsito* de la separación para obtener, finalmente, el divorcio.

A los efectos de este trabajo la Ley 15/2005 es de obligada cita, pues modifica algunos de los preceptos que regulan el derecho del menor a ser oído. En concreto, da una nueva redacción al art. 92 CC, cambiando por tanto el antiguo art. 92.2, e introduce dos modificaciones en la LEC: por una parte, añade un nuevo párrafo (el tercero) en la regla 4ª del art. 770 LEC; por otra, cambia el texto del art. 777.5 LEC. Se hace necesario analizar por separado cada uno de estos artículos.

A. El art. 92 CC sufre una modificación importante, pues antes de la reforma constaba de cinco párrafos, y tras la Ley 15/2005 pasa a te-

ner nueve apartados, algunos de ellos de bastante extensión. En lo que ahora nos afecta, hay que mencionar los apartados dos y seis. El nuevo art. 92.2 dispone 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». La norma parte de que los hijos menores tienen derecho a ser oídos por el juez. Pero no pasa de ser una declaración de principios, el reconocimiento de un derecho, en la medida en que no establece el régimen jurídico de esa audiencia.

Más trascendencia tiene el nuevo apartado 6 del art. 92 CC. Según este precepto, «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».

La audiencia del menor tiene ahora un sentido distinto al que presentaba en el viejo art. 92.II CC. La necesidad de oír al menor se impone cuando el juez pretenda adoptar una decisión relativa al régimen de la guarda y custodia del menor; la expresión que utilizaba el antiguo art. 92.II CC era más difusa, pues aludía a las «medidas judiciales sobre la guarda y educación de los hijos», fórmula esta que, en todo caso, había sido reconducida por la doctrina a la atribución de la guarda y custodia. En cuanto a los sujetos legitimados para solicitar la audiencia del menor, pueden ser el Ministerio Fiscal, las partes del proceso (esto es, los padres, sean o no cónyuges), los miembros del equipo técnico judicial, y el propio menor. También puede el juez, de oficio, decretar la audiencia del menor. Para que el juez tenga que oír a los menores de edad, es necesario que tengan «suficiente juicio». No se hace alusión alguna a la edad de los menores, separándose el legislador, también en este punto, de la vieja norma, que exigía la audiencia en todo caso para los menores mayores de doce años. Por lo tanto, el único requisito del que se hace depender la audiencia es de la suficiencia de juicio del menor, con independencia de su edad. Pero existe un último rasgo de la audiencia del menor que es igualmente novedoso: el juez deberá oír a los menores «cuando se estime necesario». No basta con que el menor tenga juicio suficiente, sino que el juez debe considerar además que su audiencia es necesaria, es oportuna. En consecuencia, tras la Ley 15/2005 la audiencia del menor prevista en el art.

92 CC deja de ser un obligado trámite procesal que ha de respetar siempre el juez. Aunque el menor tenga juicio suficiente como para poder tener opinión propia, el juez puede estimar que no es necesario oír-la. Es el juez, por tanto, quien tiene la última palabra sobre la oportunidad de dar audiencia al menor. Decisión del juez que, además, es inapelable, en el sentido de que no es susceptible de ser revisada después por otro órgano jurisdiccional. Pues es a ese primer juez a quien corresponde decidir si la audiencia es o no necesaria para formarse él (el juez) una adecuada opinión sobre cuál ha de ser el interés del menor.

Así formulado, la nueva redacción del art. 92 CC supone un importante paso atrás en el derecho que asiste al menor a ser oído en los procesos judiciales que le afecten. Si antes había necesariamente que oír a todo menor mayor de doce años, y a los menores de esa edad si tenían juicio suficiente, ahora se prescinde del requisito objetivo de la edad, de modo que el juez deberá oír a todo menor que, al margen de su edad, tenga juicio suficiente, salvo que el juzgador considere que esa audiencia no es necesaria.

Sin embargo, esta conclusión puede resultar precipitada si se relaciona el nuevo art. 92.6 CC con el art. 770.4^a.II LEC, que no ha sido modificado por la Ley 15/2005. Como ya se ha señalado, este último precepto exige, en los procedimientos por los que se rigen las demandas contenciosas de nulidad, separación o divorcio, la audiencia de los hijos menores si tienen juicio suficiente, y en todo caso, si son mayores de doce años. Creo que, en el conflicto entre ambos artículos, debe darse prevalencia al de la ley procesal, por lo que, a pesar de lo que establece el art. 92.6 CC, en este tipo de procedimientos (contenciosos) el juez debe dar necesariamente audiencia a los menores de edad mayores de doce años, y a los menores de esa edad si tienen juicio suficiente.

B. La Ley 15/2005 (en su DF 1^a.2) también modifica el art. 770.4^a LEC, pero no para dar una nueva redacción a los dos párrafos hasta ahora existentes, que por tanto mantienen su texto, sino para introducir un nuevo y último tercer párrafo, con el siguiente texto: «en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario». Se regula, por tanto, cómo ha de llevarse a cabo la audiencia de los menores. Llama la atención que se emplee la expresión «exploraciones de menores», que parece aludir al supuesto en el que el me-

nor es objeto de una prueba pericial. Ello no es un obstáculo, sin embargo, para que sea igualmente aplicable esta norma a la hipótesis de audiencia del menor. De hecho el propio precepto se refiere más adelante a que «el menor pueda ser oído en condiciones idóneas...». La inclusión de esta prescripción en el art. 770 LEC significa que, en principio, sólo entra en juego en los casos en que resulta aplicable el citado art. 770 LEC; esto es, en los procedimientos que rigen las demandas de separación y divorcio contenciosas, las de nulidad matrimonial, y las demás que se formulen al amparo del título IV del Libro I del Código Civil (arts. 42 a 107 CC). La norma, sin embargo, está redactada en unos términos más generales («en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles...»). Entiendo que, a pesar de su colocación sistemática dentro de la LEC, el modo de llevar a cabo la audiencia diseñado en el art. 770.4^a.III LEC será de aplicación a todos los procedimientos civiles en los que tenga lugar una audiencia a un menor. De este modo, el art. 770.4^a.III LEC vendría a completar lo ya dispuesto en el art. 9.1.II LOPJM.

C. Por último, la DF 1^a.7 de la Ley 15/2005 da una nueva redacción al art. 777.5 LEC que, como se recordará, regulaba el trámite de audiencia a los menores de edad en los procedimientos judiciales de separación o divorcio comenzados de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro. El nuevo texto dispone que «si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días». Se modifica el régimen de la audiencia del menor, si se compara con el que diseñaba el viejo art. 777.5 LEC. Y se hace para adaptarlo a lo dispuesto en el nuevo art. 92.6 CC. De hecho, la regulación que se hace de la audiencia en ambas normas es idéntica. Por tanto, en el nuevo art. 777.5 LEC la audiencia del menor no es, en ningún caso, un trámite obligatorio. Ciertamente es que el juez debe oír a los menores cuando tengan juicio suficiente, sean o no mayores de doce años. Pero también es cierto que se supedita la audiencia a que «se estime necesaria» por el juez.

5. Conclusión: distinción entre la audiencia judicial y la audiencia extrajudicial

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la audiencia del menor recibe en nuestro derecho positivo un doble tratamiento, en función de que se trate de una audiencia judicial o extrajudicial.

Se denomina audiencia judicial o procesal a aquella que se hace efectiva ante el juez en el marco de un proceso o procedimiento judicial. Esta es la audiencia que se regula en la LEC (arts. 770.4^a y 777.5), en los arts. 92, 156, 159, 177, 231, 237, 248, 273 CC, en el art. 1828 de la LEC de 1881, y también en el art. 9 LOPJM. En algunos de estos preceptos se exige la audiencia del menor si tiene juicio suficiente, y siempre si es mayor de doce años (arts. 156, 159, 231 y viejo art. 9.2 CC; art. 770.4^a LEC). En otros únicamente se recoge el criterio de la suficiencia de juicio (así, en los arts. 177, 237 y 248 CC, y en el art. 1828 de la LEC de 1881), en ocasiones con algún matiz (como en el art. 273 CC, y en los nuevos arts. 9.6 CC y 777.5 LEC, en los es el juez quien debe decidir si la audiencia es o no necesaria —oportuna—).

Por el contrario, audiencia extrajudicial es la que tiene lugar fuera de un procedimiento judicial, ante los padres, tutores o guardadores. El mejor ejemplo de este tipo de audiencia es la prevista en el art. 154.III CC, que en materia de patria potestad establece el deber de oír a los hijos menores, si tienen suficiente juicio, antes de adoptar decisiones que les afecten. Igualmente, el art. 9 LOPJM sanciona el derecho del menor a ser oído en el ámbito familiar.

La distinción entre audiencia judicial y extrajudicial tiene gran trascendencia, y se manifiesta sobre todo en el caso de inobservancia del trámite de audiencia. Así, si se trata de una audiencia judicial, el hecho de que el juez no oiga al menor puede provocar la nulidad de las actuaciones procesales posteriores, e incluso, en determinados casos, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor. Tales efectos no acontecen, en cambio, en la hipótesis de audiencia extrajudicial. En este caso, la consulta que los padres hacen al menor es para cumplir con las funciones que les vienen atribuidas por ley. Se trata, en definitiva, de que el menor sea considerado como un sujeto activo, y no pasivo, de modo que pueda expresar su opinión sobre las decisiones que adopten los padres que le afecten. Lo que no significa, evidentemente, que la opinión del menor sea vinculante para los padres. Se trata, más bien, de que los padres conozcan el parecer del menor, y sea tomado en consideración como un elemento más a la hora de decidir cómo ejercer la patria potestad.

IV. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS JUDICIALES

1. El menor como parte, como testigo, como objeto de pericia o como sujeto con derecho a ser oído

El menor puede intervenir en los procesos judiciales. Pero su actuación en los mismos puede variar sustancialmente, en función de que intervenga como parte, como testigo, como objeto de pericia o como sujeto con derecho a ser oído.

El menor puede intervenir, en primer lugar, como parte. Si bien la regla general es que el menor de edad no emancipado no puede, con carácter general, prestar un consentimiento contractual válido (art. 1263.1º CC), en determinados casos sí podrá emitir una declaración de voluntad con eficacia jurídica. Así, por ejemplo, el menor de edad puede reconocer a un hijo (art. 121 CC), puede contraer matrimonio a partir de los catorce años si obtiene dispensa (art. 48 CC), el menor no emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos (art. 157 CC), puede solicitar al juez la adopción de medidas cautelares para asegurar la prestación a su favor de alimentos y proveer a sus futuras necesidades, y para evitar perjuicios dañinos en casos de cambio de titularidad de la patria potestad (art. 158 CC), puede formular oposición a la determinación de un régimen de relación con el padre o la madre, a la vista de la cual el juez ha de resolver atendidas las circunstancias (art. 160 CC), puede realizar por sí solo los actos relativos a derechos de la personalidad, y puede celebrar aquellos otros actos y contratos que, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puede realizar por sí solo (art. 162.II.1º C). Por otra parte, para celebrar contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones personales se requiere su previo consentimiento (art. 162.III CC). En definitiva, las leyes sustantivas reconocen al menor de edad un amplio margen de maniobra para el ejercicio lícito de sus derechos.

Desde el punto de vista procesal, no hay obstáculo alguno para que el menor de edad pueda ser parte. De hecho, el art. 6.1.1º LEC dispone que tienen capacidad para ser parte todas las personas físicas. También, por tanto, los menores de edad. Tienen aptitud genérica para ser demandante o demandado en un proceso. Ahora bien, los que no se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor judicial exigidos por la ley (art. 7.2 LEC). En el ca-

so de los menores de edad, la representación la ostentan los padres que tengan la patria potestad (art. 162 CC).

En segundo lugar, un menor de edad puede intervenir en un proceso como testigo. En este caso el menor expresa su conocimiento o «noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio» (art. 360 LEC). La LEC contiene una norma específica relativa a la actuación de los menores de edad como testigos. Se trata del art. 361.II, según el cual «los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente». Como quiera que lo habitual será que el tribunal no disponga de elementos de juicio sobre el discernimiento del menor, o bien acordará un examen previo del posible testigo menor de catorce años, o bien admitirá provisionalmente la prueba y, a la vista del interrogatorio, en el que el tribunal puede intervenir, decidirá si el testimonio debe excluirse o no del material probatorio.

En tercer lugar, cabe también que el menor intervenga en un proceso para ser objeto de una prueba pericial. En efecto, cuando el juez haya de adoptar alguna decisión que afecte de manera directa al menor, puede ser aconsejable que ese menor sea objeto de un análisis material o psicológico por parte de expertos que dictaminen acerca de sus condiciones personales o sociales. Así sucede en los procesos matrimoniales, en los que se faculta al juez para recabar el dictamen de especialistas (viejo art. 92.V CC, nuevo art. 92.9 CC, nuevo párrafo tercero del art. 770.4ª LEC, etc.). En los procesos de incapacitación, se prevé que el tribunal examine por sí mismo al presunto incapaz, y que encargue los dictámenes periciales necesarios (art. 759 LEC). En los procesos de filiación habrá de estarse a las pruebas previstas en el art. 767 LEC. Cuando el menor actúa como objeto de una pericia, sus opiniones son irrelevantes, en el sentido de que éstas no sirven como criterio que el juzgador ha de tomar en consideración para la resolución de la concreta controversia jurídica. Lo que el juez sí tendrá en cuenta es el dictamen elaborado por el perito acerca de las condiciones personales, físicas, psicológicas o sociales del menor.

Por último, es posible que el menor tenga cabida en el proceso judicial haciendo uso de su derecho a ser oído. El legislador estima que, cuando la decisión judicial pueda afectar al menor, es razonable que éste puede ser oído, para expresar su opinión o su parecer sobre la concreta cuestión litigiosa que se dirime. En esta hipótesis, el menor no es parte procesal, pues no actúa ni como demandante, ni como demanda-

do (20). Por eso, en el trámite de audiencia no tiene que dar o quitar la razón a una u otra parte; debe simplemente expresar su opinión. Tampoco actúa como testigo, pues la finalidad de la intervención del menor no es que éste ponga en conocimiento del juzgador los hechos que puedan servir para dirimir el conflicto judicial. El menor no informa de hechos, sino que expresa su opinión. Por último, no hay que confundir la audiencia del menor con aquella situación en la que el menor es objeto de una prueba pericial. Cuando el menor ejercita su derecho a ser oído, expresa su opinión ante el juez, opinión que, junto a otros elementos, puede servir al juez para averiguar cuál es el interés del menor, criterio éste que debe primar en la resolución de conflictos que puedan afectar a menores. En la audiencia del menor no intervienen especialistas que tengan que dictaminar sobre las condiciones personales o psicológicas del menor. El menor interesa no como objeto, sino como sujeto que tiene una opinión propia y que la manifiesta ante el juez. En cambio, cuando el menor interviene como objeto de pericia, las cosas funcionan de otro modo. Es posible que se pregunte al menor, que se exprese, que saque a la luz sus opiniones. Pero en este caso al juez no interesan las opiniones del menor, en sí mismas consideradas, sino el dictamen que los especialistas hayan elaborado a la luz del contacto directo con el menor y de las pruebas a que a éste han sometido. El menor es, en esta hipótesis, un objeto de estudio, de dictamen, más que un sujeto cuya opinión deba ser conocida por el juez. En cualquier caso, es evidente que en la práctica no resultará siempre fácil distinguir estos dos supuestos de intervención del menor en el proceso. De hecho, en ocasiones ambas actuaciones del menor se regulan en un mismo precepto. Así sucede, por ejemplo, en el nuevo párrafo tercero del art. 770.4^a LEC.

2. *¿Ha de darse audiencia al menor en todo caso, o sólo cuando éste lo solicite?*

Una de las cuestiones más controvertidas en relación con la audiencia del menor es si ésta debe tener lugar en todo proceso judicial, o únicamente cuando el menor solicite al tribunal que se le oiga. En el primer caso, la audiencia del menor se configura como un trámite procesal indispensable, del que no cabe prescindir en ningún caso. El juez,

(20) FONSECA GONZÁLEZ, «El deber de oír a los hijos», en AAVV, *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1984, pp. 138.

por tanto, debe decretarla de oficio, sin que se exija una previa solicitud del menor. En el segundo caso, en cambio, la audiencia no sería un trámite necesario. Sólo operaría a solicitud del menor, que de este modo ejercita su derecho a ser oído.

No resulta fácil dar una respuesta clara y unívoca a este interrogante. La pluralidad de textos normativos, y el diferente tratamiento que en ellos se hace de la audiencia del menor en los procesos judiciales, complica la cuestión. En realidad, los problemas interpretativos se suscitan por el alcance que en este punto ha de darse al art. 9 LOPJM. El derecho del menor a ser oído reconocido en esta norma, ¿significa que al menor hay necesariamente que darle audiencia en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social? ¿O más bien hay que entender que el menor tiene derecho a ser oído si concurren esas circunstancias, pero que la audiencia sólo procederá si el menor así lo solicita? La doctrina se encuentra dividida. Defensores de la primera interpretación son, entre otros, GUZMAN FLUJA y CASTILLEJO MANZANARES, para quienes «la audiencia del menor, puede decirse [que] se ha convertido en un derecho procesal que no depende de que se haga valer subjetivamente por el menor o su representante, solicitando la audiencia, sino que debe integrar el marco objetivo de todo procedimiento en que esté un menor implicado» (21). La segunda tesis ha sido mantenida, entre otros, por GULLÓN: «el derecho del menor a ser oído no implica obligación de darle audiencia en los procedimientos enunciados en el apartado 1 [del art. 9], salvo que aquél lo solicite» (22). En cuanto a la jurisprudencia, la STS de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 4756) parece inclinarse por el carácter imperativo de la audiencia.

En mi opinión, resulta más satisfactoria esta segunda opinión. Por lo tanto, el art. 9 LOPJM no impone un obligado trámite procesal que el juez debe cumplir necesariamente, trayendo al proceso al menor en todo caso para darle audiencia.

En cualquier caso, conviene advertir que otros preceptos legales sí

(21) En *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 110. También, J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «Comentario a la STS de 11 de junio de 1996», *CCJC*, 1997, n^o 43, pp. 81.

(22) GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996...», *cit.*, pp. 1693; M. RIVERA, «Anotaciones a la Ley 1/1996...», *RGD*, 1996, junio, pp. 6507; GARCÍA MAS, «Panorama general...», *cit.*, pp. 821; ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor...», *cit.*, pp. 26.

configuran la audiencia al menor como un trámite procesal obligado, que el juez debe respetar siempre. Así sucede, por ejemplo, en el art. 92.II CC, antes de su reforma, y en los arts. 770.4^a y 777.5 LEC, éste último en la redacción que tenía antes de ser reformado por la Ley 15/2005.

Dicho esto, estamos ya en disposición de hacer una relación de los supuestos en los que el menor debe ser oído, siempre y en todo caso, en el proceso judicial, si concurren los demás presupuestos exigidos por la ley (una determinada edad, suficiencia de juicio, etc.). Tomando en consideración la normativa existente antes de la publicación de la Ley 15/2005, esa audiencia tiene carácter imperativo en los siguientes casos: i) demandas de separación y divorcio, ya sean presentadas de mutuo acuerdo por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (art. 770.4^a LEC), ya sean instadas únicamente por un cónyuge (art. 777.5 LEC); ii) demandas de nulidad del matrimonio (art. 770.4^a LEC); iii) demandas que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil —arts. 42 a 107 CC— (art. 770.4^a LEC); iv) el procedimiento para la modificación de medidas definitivas (art. 775 LEC, que remite a los arts. 770 y 777); v) procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores no matrimoniales o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores no matrimoniales (art. 770.6 LEC); vi) cuando el juez debe resolver, en caso de ejercicio conjunto de la patria potestad, a cuál de los progenitores le atribuye la facultad de decidir (art. 156 CC); vii) cuando los padres viven separados y, ante la falta de acuerdo, el juez debe decidir al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores (art. 259 CC); viii) en la constitución de la adopción (art. 177.3 CC); ix) en la constitución de la tutela (art. 231 CC); x) cuando el juez debe intervenir por existir problemas entre los varios tutores de un menor (art. 237.II CC); xi) en caso de remoción de la tutela (art. 248 CC); xii) cuando el juez autoriza los actos de los arts. 271 y 272 CC que el tutor puede realizar, si el menor es mayor de doce años (art. 273 CC); xiii) en caso de constitución y cesación judicial del acogimiento (art. 1828.II y V de la LEC de 1881).

En el caso particular de la atribución de la guarda y custodia de los menores, el art. 92.II CC, en su antigua redacción, configuraba la audiencia como imperativa si el menor tenía más de doce años, y cuando siendo de una edad inferior disponía de juicio suficiente. A ese mismo resultado se llegaba desde los arts. 770.4^a y 777.5 LEC. La jurisprudencia no mantiene dudas al respecto. Así, la STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3550) dispone que «el párrafo segundo del artículo 92 del Có-

digo Civil en cuanto preceptúa que las medidas judiciales, que en los pleitos sobre separación, nulidad y divorcio del matrimonio, han de adoptarse en relación con el cuidado y la educación de los hijos, lo serán en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio «y siempre a los mayores de doce años», establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento por los órganos jurisdiccionales que conozcan de los referidos litigios» (FJ 1º). En el mismo sentido se expresan, entre otras, las SSAP Valencia de 16 de octubre de 1992 (AC 1992, 1344); Huesca, de 31 de marzo de 1995 (AC 1995, 561); Huesca, de 2 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2296); Alicante, de 17 de octubre de 2002 (AC 2002, 1875); Alicante, de 20 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 19500); Alicante, de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 44487); y Alicante, de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 694).

Por su parte, y por aplicación del art. 9 LOPJM, el menor tiene derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Pero la audiencia sólo procederá si el menor así lo solicita al juez, quien, en tal caso, vendrá obligado a establecer el trámite procesal oportuno para que la opinión del menor pueda ser oída. Evidentemente, el art. 9 LOPJM no supone la derogación de aquellos preceptos que establecen la audiencia con carácter imperativo. Pues ello significaría un retroceso en la situación del menor, y la finalidad de la LO 1/1996 no es esa, sino más bien la contraria: ampliar los casos en los que el menor puede ser oído en un proceso judicial. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que legalmente se prevé una audiencia imperativa del menor, así seguirá siendo. En todas las demás hipótesis, el menor podrá pedir al juez que se le oiga, si concurren los requisitos exigidos por el art. 9 LOPJM.

El tratamiento de la audiencia del menor sufre una modificación considerable después de la Ley 15/2005, y en particular, de los cambios que la misma provoca en el arts. 92 CC y 770.4ª y 777.5 CC. Y ello afecta, sobre todo, a los procedimientos de atribución de la guarda y custodia de los hijos. Además, a diferencia de lo que sucedía antes de la Ley 15/2005, ahora resulta imprescindible distinguir en función de que la guarda y custodia se acuerde en un proceso matrimonial contencioso o en uno amistoso.

Si se trata de un proceso matrimonial contencioso, el texto de los arts. 92.6 CC y 770.4ª LEC se muestra incompatible. El primero obliga al juez a oír a los menores que tengan juicio suficiente, pero sólo cuando lo «estime necesario». La audiencia, por tanto, no es un trámite procesal obligatorio para el juez, pues éste puede considerarla innecesaria

e inoportuna. En cambio, el segundo precepto impone la audiencia de los menores si tienen juicio suficiente, y en todo caso si son mayores de doce años. La controversia debe resolverse dando preeminencia a la LEC. Por lo tanto, en los procedimientos contenciosos la audiencia del menor es imperativa, siempre que concurren los presupuestos previstos en el art. 770.4º LEC (mayor de doce años, o menor de doce años con suficiente juicio). Si por cualquier razón la audiencia personal del menor no es posible o no es conveniente para el interés del menor, se conocerá su opinión a través de las personas designadas en el art. 9.2.II LOPJM (sus representantes legales o las personas que por su profesión o relación de confianza con el menor pueden transmitir su opinión objetivamente). Dudoso es si resulta aplicable a estos casos lo dispuesto en el art. 9.3 LOPJM. Aun siendo la audiencia un trámite obligatorio para el juez, si éste considera que no se cumplen los requisitos legalmente exigidos (en particular, por carecer el menor de suficiente juicio), ¿deberá dictar una resolución motivada expresando las razones por las que no cabe la audiencia? Si en el art. 9.3 LOPJM se prevé esa medida para los casos de audiencia a petición del menor, ¿no debería, con más razón, exigirse también la denegación motivada cuando la audiencia viene impuesta por la ley?

La situación es distinta si el proceso matrimonial de separación o divorcio se inicia por una demanda presentada de mutuo acuerdo por los dos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. Aquí el contenido de los arts. 92.6 CC y 777.5 LEC coincide, por lo que la audiencia no es un trámite procesal imprescindible que necesariamente ha de llevar a cabo el juez. Aunque el menor tenga juicio suficiente (sea o no mayor de doce años), el juzgador puede considerar innecesaria la audiencia. En tal caso, el juez no está obligado a dictar una resolución motivada sobre la denegación de la audiencia, pues, en puridad, la audiencia del menor no es imperativa. Ahora bien, nada impide que en esta hipótesis el menor ejercite su derecho a ser oído por el juez (art. 9 LOPJM). Si así sucediera, el juez tendría que establecer un trámite para llevar a cabo esa audiencia, salvo que considere que no concurren los requisitos exigidos por el citado precepto, en cuyo caso denegará la audiencia motivadamente (art. 9.3 LOPJM). Por otra parte, después de la Ley 15/2005 la audiencia del menor tampoco es imperativa en los procedimientos de modificación de medidas definitivas, cuando la petición se formule de común acuerdo por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (por la remisión que el art. 775.2 hace al art. 777 LEC).

3. La «suficiencia de juicio» del menor

Para que tenga lugar la audiencia del menor (sea ésta imperativa, por exigirlo la ley, o se solicite por el menor en ejercicio de su derecho a ser oído reconocido en el art. 9 LOPJM), es preciso que concurren una serie de requisitos. En particular, son tres los presupuestos que normalmente utiliza el legislador. En unas ocasiones, se requiere que el menor tenga una edad determinada (doce años). En otras, la audiencia se vincula a que el menor tenga «suficiente juicio». En fin, a veces se deja en manos del juzgador la oportunidad de traer o no al menor al proceso para que sea oído, a pesar de tener éste juicio suficiente (criterio de oportunidad). Además, el legislador emplea a veces dos de estos criterios de manera alternativa (por ejemplo, en el viejo art. 92.II CC, que exige la audiencia si el menor es mayor de doce años o si tiene juicio suficiente; en el art. 273 CC, que impone la audiencia del menor si es mayor de doce años o el juez lo considera oportuno).

El requisito de la edad no plantea especiales dificultades. Determinados preceptos exigen, para que tenga lugar la audiencia, que el menor tenga al menos doce años. Así sucede, por ejemplo, en los arts. 156, 159, 231, 273 CC, en el art. 92.II CC en su redacción antigua, y en el art. 770.4ª LEC. En todos estos casos, además, la audiencia es imperativa. No está claro en qué momento ha de tomarse en consideración la edad del menor. La ley no se ocupa de aclarar esta cuestión. Es indudable que ese momento no ha de ser el de la presentación de la demanda (esa es la fecha relevante para la STS de 30 de abril de 1991; RJ 1991, 3108). Del art. 770.4ª LEC se infiere que la edad del menor habrá de ser tomada en consideración posteriormente, durante el acto de la vista o durante el posterior plazo previsto judicialmente para la práctica de las pruebas. Por otra parte, el requisito de la edad es objetivo, en el sentido de que se trata de la constatación de un simple hecho (la edad del menor).

En otras ocasiones, la audiencia del menor se hace depender de la decisión del juzgador. Así sucede en el ya citado art. 273 CC, y también en los arts. 92.6 CC y 777.5 LEC, en la nueva redacción que reciben tras la Ley 15/2005. En particular, en estos dos últimos, además de ser imprescindible la suficiencia de juicio del menor, es necesario que el juez considere necesaria la audiencia. Si no la estima oportuna, no tiene por qué oírse al menor en esos procesos.

Pero sin lugar a dudas, de los tres requisitos que utiliza el legislador, el más problemático es el de la «suficiencia de juicio» del menor. Se trata de un presupuesto al que se acude en numerosas ocasiones. A ve-

ces como único requisito: habrá que oír al menor si tiene juicio suficiente, con independencia de su edad (así, por ejemplo, en los arts. 237 y 248 CC, 1828 de la LEC de 1881, y art. 9 LOPJM). En otras ocasiones, se emplea como requisito adicional al de la edad: habrán de oírse a los mayores de doce años, y a los menores si tienen juicio suficiente (arts. 156, 159, 231 CC, antiguos art. 92.II CC y 777.5 LEC, y art. 770.4ª LEC). En fin, incluso hay casos en los que, teniendo juicio suficiente el menor, el juez puede considerar que la audiencia no es necesaria (nuevos arts. 92.6 CC y 777.5 LEC).

No es fácil determinar cuándo el menor tiene «suficiente juicio». Parece que no basta con que el menor sea capaz de expresar una opinión (cosa que puedan ya hacer niños de muy pocos años), sino que es preciso que el menor tenga una capacidad de entender y querer de forma razonada que le permita manifestar una opinión coherente y de acuerdo a sus intereses. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que se introduce un cierto grado de inseguridad poco deseable (a diferencia de lo que sucede con el criterio objetivo de la edad). Pero aún así, es interesante que el legislador haga depender la audiencia de un criterio subjetivo como la suficiencia de juicio, pues de este modo se alcanza una protección adecuada de cualquier menor maduro, con independencia de su edad. En este sentido, este criterio (subjetivo) es más racional que el de la edad (objetivo).

No es posible definir apriorísticamente en qué situaciones un menor tiene suficiente juicio. La suficiencia de juicio debe valorarse en relación con la concreta decisión que se pretenda adoptar. Es posible, por tanto, que un menor tenga madurez suficiente para comprender el alcance de cierto tipo de actos y no poseerla para otros. La concreción de ese amplio concepto debe ser efectuada por el juez caso por caso, apreciando si un menor tiene suficiente capacidad de juicio en el supuesto concreto.

No existe una edad determinada a partir de la cuál quepa entender que el menor tiene suficiencia de juicio. Si el legislador hubiera querido ligar un determinado grado de juicio a una cierta edad, lo habría hecho expresamente fijando esa edad (como de hecho lo hace en ocasiones). Ciertamente es que, a mayor edad, mayor juicio tendrá el menor. Pero no cabe establecer a priori una edad límite. Ni siquiera la edad de doce años sirve para marcar la suficiencia de juicio del menor. En definitiva, corresponde al juez apreciar si, en el caso concreto, el menor dispone de la capacidad de juicio suficiente como para que se le dé trámite de audiencia en el proceso judicial en curso.

Pero, ¿cómo puede el juez saber si un determinado menor tiene o

no juicio suficiente? Algunos autores estiman que es necesaria una primera valoración o exploración del menor por el juez con ese fin (23). En esta línea, RIVERO HERNÁNDEZ estima que «salvo los casos en que por razón de edad quede excluida *ab initio* la audiencia del menor (niño de 6 meses o de 4 años), será aconsejable que a partir de una edad razonable (¿8 o 10 años?) deba ver el juez al niño para comprobar inicialmente por sí mismo si tiene “suficiente juicio” para contar algo útil; y luego, si de una primera conversación saca el juez una conclusión favorable, pasará ya a una verdadera audiencia o exploración de su voluntad u opinión» (24). No hay nada que objetar a la mencionada práctica judicial que consiste en conversar con el menor para apreciar si tiene o no juicio suficiente. Pero eso no significa que esa práctica sea obligatoria; es decir, que el juez tenga necesariamente que escuchar al menor antes de decidir si tiene o no suficiente juicio (25). Si el juez considera, por las razones que fuere, que el menor no tiene suficiente juicio, no le concederá un trámite de audiencia (así sucede en la STS de 12 de julio de 2004, RJ 2004, 4317; y en la SAP Sevilla, de 25 de febrero de 2004, JUR 2004, 105909).

4. Tratamiento jurisprudencial de la audiencia del menor

Llegados a este punto, conviene analizar cuál es el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la audiencia del menor en los procesos judiciales, haciendo especial hincapié en el régimen de la audiencia del menor en los casos de atribución de guarda y custodia. En primer lugar, hay que ocuparse de las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

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

(24) RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita, cit.*, pp. 172. En el mismo sentido, en sus «Comentarios a los arts. 92 a 94», en RAMS ALBESA (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, II, Vol. 1º, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 923.

(25) GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», *DPyC*, 2004, nº 18, pp. 277.

La primera resolución que debe mencionarse es la STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3550) (26), que resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de ley, casa y anula una sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, que confirmó la sentencia de instancia en la que se admitió la demanda de divorcio, atribuyendo la guarda y custodia de los menores a la madre. Consta que la Audiencia Territorial no oyó a una hija mayor de doce años. El Tribunal Supremo, tras afirmar que el art. 92.II CC es «de carácter imperativo y de obligado cumplimiento», afirmación ésta de la que discrepo rotundamente, establece que «lo argumentado determina la procedente acogida del único motivo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la ley, con correcto amparo procesal en el ordinal 5.º [*rectius*, 4º] del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acusando a la sentencia recurrida de haber violado el párrafo 2.º del artículo 92 del Código Civil, pues ciertamente tal vulneración se produjo al no oír en litigio de divorcio en que eran partes demandante y demandada los padres de una menor con doce años de edad» (FJ 2º).

La admisión del recurso de casación lo fundamenta el Tribunal Supremo en el art. 1692.4ª de la LEC de 1881, precepto éste que admite la casación cuando se produzca «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». En consecuencia, la infracción del art. 92.II CC tiene trascendencia casacional. Al tratarse de un recurso interpuesto en interés de ley, su estimación «conlleva las consecuencias que determina el párrafo 2º del artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (FJ 3º), y según este precepto, «las sentencias que se dicten en estos recursos tendrán eficacia únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida» (27).

La STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108) no considera necesaria la audiencia de la menor en un proceso en el que se discute su guarda

(26) Comentada por SÁNCHEZ PRIETO, «La audiencia del menor en las causas matrimoniales. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 14 de mayo de 1987», *La Ley*, 1988-1, pp. 960 y ss.

(27) MONTERO AROCA, en AAVV, *Los procesos matrimoniales (comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, pp. 459, ha sido muy crítico con la utilización por el Ministerio Fiscal en este caso del recurso en interés de ley, pues, en su opinión, no procede, ya que está previsto legalmente sólo para resolver cuestiones de fondo del pleito (materiales), y no de forma (procesales).

y custodia y sobre el derecho de visitas del cónyuge no custodio. Aunque no lo expresa con claridad, todo parece indicar que en este caso la menor afectada no cumplía los requisitos requeridos por el art. 92.II CC (mayoría de edad o suficiencia de juicio). El Supremo llega a esa conclusión teniendo en cuenta que la menor nació el 3 de junio de 1979, y que la demanda tuvo entrada en el Decanato el 9 de febrero de 1985. Como la menor no tenía juicio suficiente, no debía ser escuchada en el proceso judicial. La solución del Tribunal Supremo puede compartirse, pero no su argumentación. Pues, ¿qué fecha ha de tomarse en consideración para valorar la suficiencia de juicio? Según el Supremo, la fecha de presentación de la demanda en primera instancia. No comparto ese criterio. Parece más acertado tener en cuenta el juicio de la niña por las fechas en que se celebre la vista oral. Y si hay recurso de apelación, habrá de nuevo de juzgarse el juicio de la menor en las fechas en que se tramita el recurso de apelación (en el caso enjuiciado, la sentencia de apelación es del año 1988). En cualquier caso, el Tribunal Supremo concluye que no procede la audiencia del menor porque no tiene juicio suficiente; y por ello, «no resulta procedente acordar una nulidad de actuaciones» (RJ 2º). De donde se infiere, a sensu contrario, que la violación del trámite de audiencia del art. 92.II CC trae como consecuencia la nulidad de las actuaciones.

En el caso resuelto por la STS de 25 de junio de 1994 (RJ 1994, 6502), la tía de una menor solicita que se prive al padre de la patria potestad sobre su hija, y que se le atribuya a ella misma la guarda y custodia sobre la menor. La petición es desestimada en todas las instancias. Interpone recurso de casación alegando, entre otras, infracción del art. 154 CC, por no haberse oído a la menor en el proceso judicial. El Tribunal Supremo rechaza esa argumentación: el art. 154 CC «no impone que hayan de ser oídos [los hijos] necesariamente en el proceso sobre privación de la patria potestad —como sí sucede en el supuesto de desacuerdo en su ejercicio conjunto, art. 156.3—, sino más bien que los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten» (FJ 2º). Ciertamente, la alusión al art. 154 CC no viene a cuento, pues en él se regula la audiencia extrajudicial del menor por los padres en el ejercicio de la patria potestad. Cabría plantearse si en el proceso judicial en cuestión habría que oír a la menor, en la medida en que también se ventila en el mismo la cuestión sobre su guarda y custodia. Sin embargo, en puridad no cabe aplicar el art. 92.II CC, pues este precepto sólo entra en juego cuando se trata de un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, lo que no acontece en el caso que nos ocupa.

La STS de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 4756) resuelve la demanda

presentada por los abuelos de una menor, en la que ejercitan su derecho a relacionarse con la menor (art. 160 CC). En primera instancia se reconoce ese derecho, y en grado de apelación también, aunque se modifica el régimen de visitas. La madre, demandada, interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo. Pero se declara la casación de la sentencia a petición del Ministerio Fiscal, dejando para la ejecución de sentencia el señalamiento del régimen de visitas más conveniente para la menor, previa audiencia de ésta. Dispone la sentencia que «debe partirse del cambio operado en el estado litigioso ya que la edad del menor (nacido el 18 de enero de 1982) era sólo 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» (FJ 5º). Y añade que la audiencia del menor viene también reconocida en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y en el art. 9 de la recién aprobada LO 1/1996. Según esta sentencia, hay que oírle, por tanto, aunque no exista un precepto legal del Código Civil que así lo imponga, y aunque el menor no lo haya solicitado.

La solución a la que llega el Tribunal Supremo debe ser elogiada. En lugar de decretar la nulidad del procedimiento (art. 238 LOPJ), lo que hace es casar la sentencia, y remitir las actuaciones al juzgado para que el juez encargado de la ejecución cubra el trámite de audiencia al menor, de modo que éste pueda expresar sus opiniones y deseos personales en cuanto a las relaciones con los abuelos.

La STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 4317) confirma la demanda de primera instancia, en la que se concede al padre no matrimonial el derecho a relacionarse con su hija menor mediante un régimen de visitas. La madre demandada alega la infracción del art. 92 CC, por no haberse dado audiencia a la menor. El Supremo rechaza ese argumento: no «puede entenderse incumplida la exigencia de oír al menor, cuando el hijo de los litigantes no había alcanzado la edad de los doce años en el momento en que hubiera correspondido hacerlo ni hay constancia de que su suficiencia de juicio lo exigiera». Con independencia de que el precepto alegado pudiera aplicarse al caso que nos ocupa (el 92.II CC piensa únicamente en los casos de nulidad, separación y divorcio; pero la audiencia tendría cabida sin problemas en el art. 770.4ª LEC), para el Tribunal Supremo no cabe la audiencia porque el menor, ni tiene doce años, ni tiene suficiente juicio. Obsérvese cómo el juzgador aprecia la insuficiencia de juicio del menor sin necesidad de llevar a cabo una previa exploración del mismo.

Por último, la STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1670) trae causa de una disputa judicial entre una pareja de hecho, ya rota, sobre la atribución de la custodia de la hija menor. En primera instancia se concede al padre, y en grado de apelación a la madre. El padre interpone recurso de casación, alegando, entre otras cosas, la infracción del art. 92.II CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, pero, curiosamente, como la menor cuenta ya con más de doce años, ordena que el juzgado de primera instancia conceda audiencia a la menor para, en su caso, proceder a una eventual modificación de las medidas adoptadas, en consideración a su interés personal. La argumentación del alto tribunal es la siguiente: «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 Ley del Menor (art. 9.3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los arts. 770.6º, 774 y especialmente el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, a cuyo fin se libraré el despacho oportuno, por la Audiencia al Juzgado de origen, de manera que el Ministerio Fiscal ordene, en su caso, si viera 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» (FJ 3º). El razonamiento del Tribunal Supremo es, cuanto menos, atípico, y en cierto modo, sigue la doctrina sentada en la STS de 11 de junio de 1996. No estima el recurso de alegación, esto es, mantiene a favor de la madre la custodia de la niña. Pero al mismo tiempo impone al juzgado de primera instancia una audiencia de la menor, por si de ella se deriva que es mejor para la menor la modificación del régimen de custodia.

En la jurisprudencia menor, la SAP Valencia de 16 de octubre de 1992 (AC 1992, 1344), en materia de separación matrimonial, establece que «el segundo párrafo del art. 92 del Código Civil es de carácter imperativo y de obligado cumplimiento». En el caso de autos, no se infringió ese precepto. pues el menor fue escuchado adecuadamente en primera instancia. Lo mismo se afirma en la SAP Huesca, de 31 de marzo de 1995 (AC 1995, 561), dictada también en un caso de separación matrimonial; y en la SAP Huesca, de 2 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2296).

La SAP Barcelona, de 2 de abril de 1998 (AC 1998, 669) desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre contra la sentencia dictada en primera instancia en la que se decreta la separación matrimonial

y se atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo menor. El padre alega, entre otras razones, que se ha incumplido el art. 92.II CC, al no habersele dado audiencia al menor. La sentencia aclara que «la ausencia de exploración del menor sobre sus preferencias, argüida por la representación de la parte recurrente para fundamenta la impugnación de la sentencia de instancia, no es atendible en el espíritu y significación de lo que establece el artículo 92 del Código Civil en su segundo párrafo, habida cuenta de la edad del menor que, cuando se efectuó el trámite en la instancia, contaba con 6 años y en la actualidad con 7, por lo que la indagación judicial sobre sus preferencias, además de no ser significativas debido a la influenciabilidad de un niño de tal edad, sería notoriamente perjudicial para su equilibrio psíquico» (RJ 2º).

La SAP Huesca, de 28 de mayo de 1998 (AC 1998, 5745), en relación con el derecho de visitas, dispone que «la necesaria audiencia a los menores de doce años que el artículo 92.II impone y el superior criterio del “favor filii” que ha de residir las medidas que en relación con los hijos se adopten judicialmente, exige que el régimen de visitas sea el que aquéllos han manifestado preferir» (FJ 2º). Aplica, por tanto, el art. 92 CC a una controversia relacionada con el derecho de visita. Tras la LEC, es evidente que en los litigios relacionados con el régimen de visitas debe darse necesariamente audiencia al menor (art. 770.4ª LEC9), aunque, como vemos, la jurisprudencia anterior al 2000 también lo exigía.

El Auto de la AP Valencia, de 2 de julio de 1998 (AC 1998, 6719) resuelve el recurso de apelación formulado por la madre de un menor de doce años dado en acogimiento, que alega, entre otras, que el menor no ha sido oído antes de constituir el acogimiento. La AP estima el recurso, con la siguiente argumentación: «según el art. 173 del CC, es necesario para el acogimiento el consentimiento del menor si tuviera doce años cumplidos. Pero el art. 177.3, para la adopción, establece que deberán ser oídos los menores de doce años si tuvieran suficiente juicio. Entiende la Sala que por analogía con el precepto citado, deberá ser también oído para constituir el acogimiento el menor de doce años si tuviere suficiente juicio, por lo que en el presente supuesto, tratándose de un menor de doce y no constando en los autos que no tenga suficiente juicio, se le deberá oír antes de constituir el acogimiento, siendo por tanto procedente estimar la presente causa o motivo de recurso» (FJ 3º). En sentido parecido se expresa el Auto AP Valencia de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 6724). Varias son las reflexiones que merece esta resolución judicial. Por una parte, es más que dudoso que pueda aplicarse la analogía en el ámbito procesal, tal y como lo hace la sentencia. Por otra, se presume que el menor de doce años tiene suficiente juicio, por-

que no consta en los autos lo contrario, presunción esta que carece de justificación. En mi opinión, el menor podría haber ejercitado el derecho a ser oído del art. 9 LOPJM; pero si no solicita ser oído, no habrá que darle audiencia, pues en este caso la audiencia no es preceptiva (sino dispositiva, a petición del menor).

Especial importancia tiene la SAP Alicante, de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 694), que estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de primera instancia que admite la demanda presentada por un marido con el consentimiento de su mujer solicitando el divorcio y que aprueba el convenio regulador aportado por los cónyuges. El recurso va dirigido a lograr la revocación de la sentencia de instancia por no haber oído a los hijos menores mayores de 12 años, en base a la infracción del precepto contenido en el art. 777.5 LEC. Señala la sentencia que este precepto «obliga de forma imperativa al juzgador a oír a los hijos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años». Y añade que este precepto «es ininterpretable, es decir, la Ley expresamente ha impuesto la obligación del juez de oír a estos menores “siempre”». La sentencia explica con detenimiento cuál es la finalidad del establecimiento de la audiencia del menor, y cómo ésta tiene sentido incluso en los procesos matrimoniales en los que los cónyuges actúan de mutuo acuerdo. Por esta razón, los arts. 770.4ª y 777.5 LEC son idénticos en este punto, obligando ambos a que se oiga al mayor de doce años, y al menor si tiene juicio suficiente. En relación con las consecuencias de la infracción, decreta la nulidad de la sentencia y ordena retrotraer las actuaciones para que se oiga a los hijos menores.

5. Consecuencias de la inobservancia del trámite de audiencia

Cabe preguntarse ahora cuáles son las consecuencias que provoca el incumplimiento del trámite de audiencia del menor, cuando ese trámite es preceptivo, bien porque así lo exija la ley, bien porque el menor tiene derecho a ser oído y así lo solicita al tribunal (art. 9 LOPJM).

Constituye una opinión bastante generalizada entender que la omisión del trámite de audiencia vicia de nulidad la resolución judicial, debiendo retrotraerse las actuaciones para la práctica del trámite omitido (28). La jurisprudencia también ha acogido esta regla. Así sucede, por

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

ejemplo, en la SAP Alicante, de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 694), dictada en un proceso de divorcio en el que no se dió audiencia al menor, entiende que «concorre el supuesto de nulidad previsto en el apartado tercero del art. 238 de la LOPJ por infracción de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que efectivamente se haya producido indefensión. Pues efectivamente, el precepto 777.5 [LEC] aparece infringido, aparece igualmente infringido el principio de audiencia al menor, y todo ello con indefensión para el mismo, que al no haber sido oído, ha sido privado de su derecho a que sus deseos sean tenidos en cuenta al tiempo de resolver. Todo ello nos lleva a estimar el recurso interpuesto, declarando la nulidad de la sentencia y re trayendo las actuaciones para que se oiga a los hijos menores en los términos marcados en el proceso y luego resuelva el juzgador con absoluta libertad de criterio, con arreglo a derecho».

Adviértase, sin embargo, como en otras ocasiones los tribunales no llegan tan lejos. Éste es el caso de la STS de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 4756). Aquí, en lugar de decretar la nulidad del procedimiento (art. 238 LOPJ), lo que hace el TS es casar la sentencia, y remitir las actuaciones al juzgado para que el juez encargado de la ejecución cubra el trámite de audiencia al menor, de modo que éste pueda expresar sus opiniones y deseos personales en cuanto a las relaciones con los abuelos.

Una cuestión distinta es qué consecuencias tiene el hecho de que el juzgador adopte en la resolución judicial una decisión que se separa de la opinión manifestada por el menor en el trámite de audiencia. ¿Es esa decisión impugnabile? La respuesta dependerá del valor que haya de darse a la opinión manifestada por el menor. En este punto, existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial, en el sentido de que la voluntad del menor expresada a través de su derecho de audiencia no tiene carácter vinculante para el juez. Ahora bien, la audiencia resultará muy útil para el juez, pues le proporcionará una valiosa información sobre cuáles son los deseos del menor. Si cualquier medida judicial ha de tomar en consideración el «interés del menor», es evidente que la opinión del menor, razonada y razonable, puede ser indicativa de cuál es el interés del menor. En cualquier caso, la opinión del menor es un instrumento para conocer mejor su situación y sus deseos, y no un criterio de decisión en sí misma. En definitiva, en la audiencia del menor lo importante no es la opinión *per se* que el menor exprese, sino la valoración que el juzgador hace de esa opinión, con el fin de averiguar cuál de las posibles medidas a adoptar satisface mejor el interés del menor. Por eso, habrá que estar a cada caso para saber qué importancia se le da al testimonio del

menor, en función de su edad, madurez, grado de discernimiento, si ha habido o no manipulaciones o influencias externas, los motivos que alegue para justificar sus deseos, etc. A mayor edad o madurez, más importancia se le puede dar a la opinión del menor. En todo caso, es el juez el que, en última instancia, debe decidir en función del interés del menor, y en esa decisión la opinión del menor es una más entre las varias circunstancias que el juzgador debe tomar en consideración.

6. *La doctrina del Tribunal Constitucional:
las SSTC 221/2002 y 71/2004.*

La STC 152/2005 no constituye la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la vulneración del derecho de un menor a ser oído por un órgano judicial, calificando tal infracción como una contravención del art. 24.1 CE. Existe dos precedentes significativos: la STC 221/2002, de 25 de noviembre, y la STC 71/2004, de 19 de abril.

La STC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002/221) (29) resuelve un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y por los guardadores de hecho de una menor contra un auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de febrero de 2000. Se trata del caso conocido como «la niña de Benamaurel», del que se informó ampliamente en los medios de comunicación. Las circunstancias que rodean la historia de María Ángeles, la niña de Benamaurel, son especialmente trágicas. La niña, nacida en octubre de 1986, es hija de una prostituta, que la abandona al poco de nacer. En 1987 es adoptada por un matrimonio de Bormujos (Sevilla), cuando cuenta con un año de edad. En 1989 el padre denuncia a la madre por presuntos malos tratos infligidos a la niña; el juez de instrucción remite las diligencias incoadas al Instituto Andaluz de Servicios Sociales, al desprenderse de ellas la presunta situación de desamparo de la menor. La Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía dictó resolución el 22 de enero de 1993 (¡cuatro años después de que el padre formulara la denuncia!) en la que declara la situación legal de desamparo de la menor, asume su tutela, y se establece su ingreso en un centro de acogida. Poco después se formaliza un acogimiento familiar, que duró hasta el año 1996, fecha en la que, tras una denuncia

(29) Ampliamente comentada por CORRAL GARCÍA, «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», AC, 2003, n.º 11, pp. 3 y ss.

de agresión sexual contra los acogedores, la niña ingresó de nuevo en un centro de acogida. En 1998 se formaliza un nuevo acogimiento familiar de la menor por parte de un matrimonio de Benamaurel (Granada).

En 1993, poco después de decretarse la situación legal de desamparo, la madre adoptiva de la niña promueve un expediente de jurisdicción voluntaria de oposición a la declaración de desamparo legal ante el Juez de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, que por auto de 28 de junio de 1994 estima la oposición contra la declaración de desamparo de la menor, y ordena la reinserción de la menor en la familia adoptiva. La Junta de Andalucía apeló dicho auto, pero el recurso fue desestimado por auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de abril de 1995. Pero no se llegó a ejecutar la reinserción, pues la Consejería de Asuntos Sociales utilizó todas las triquiñuelas judiciales a su alcance para impedirlo (petición de suspensión, retrasos del comienzo del proceso de acercamiento entre la niña y su familia, etc.).

Finalmente, y habida cuenta del fracaso del proceso de acercamiento de la niña con sus padres adoptivos, el Juez de Primera Instancia, tras una nueva exploración de la menor, acuerda por auto de 17 de marzo de 1997 declarar imposible la ejecución en sus propios términos de su auto de 28 de junio de 1994, en atención al interés preferente de la menor y a los perjuicios que le causaría dicha ejecución en las actuales circunstancias; acuerda también la procedencia de la ejecución por equivalente, mediante indemnización económica que la Junta de Andalucía debía satisfacer a la madre adoptiva. A partir de ahí se entra en una espiral de recursos y decisiones contradictorias, pues mientras la Audiencia Provincial de Sevilla insiste en que la niña debe volver con sus padres, el Juez de Primera Instancia entiende que el retorno con su familia adoptiva es gravemente dañoso, pernicioso y contraproducente para su integridad psíquica. Así lo expresa el juez de instancia en un auto de 11 de enero de 1999, basando esas medidas en el art. 158.3 CC. Ese auto fue apelado, apelación que es estimada por la Audiencia Provincial mediante auto de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 56).

Es este auto de 3 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Sevilla el que es objeto de recurso de amparo. Son dos los sujetos que interponen el recurso de amparo. En primer lugar, el Ministerio Fiscal, argumentando que la resolución judicial citada vulnera la integridad moral de la menor (art. 15 CC), en relación con su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En segundo lugar, los guardadores de hecho de la niña, que invocan la vulneración de los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), al juez imparcial (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva sin

padecer indefensión (art. 24.1 CE), por no haberse dado audiencia a la menor, y a la integridad moral (art. 15 CE).

El Tribunal Constitucional concede el amparo, al estimar que se ha vulnerado el derecho de la menor a la tutela judicial efectiva. Se señala que «la fundamentación del Auto impugnado no puede considerarse respetuosa de las exigencias constitucionales de motivación, por la insuficiencia de la argumentación que la sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la salvaguarda del derecho fundamental de la menor a la integridad moral (art. 15 CE), circunstancia que la hace lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE (por todas STC 214/1999, FJ. 4)» (FJ 4º).

Y añade que «a estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE» (FJ 5º).

En consecuencia, la infracción del derecho del menor a ser oído es calificada por el máximo intérprete de la Constitución como vulneración del derecho del menor a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, en la STC 221/2002, de 25 de noviembre no es ese el único argumento utilizado, pues también se considera vulnerado el derecho a la integridad moral de la menor.

En el caso resuelto por la STC 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71) (30), los hechos son los siguientes. La menor Montserrat, nacida el 17 de diciembre de 1992, a iniciativa de su madre biológica, es declarada en

(30) Excelentemente comentada por GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», *DPyC*, 2004, nº 18, pp. 171 y ss.

desamparo por la Junta de Andalucía, que asume su tutela en junio de 1996, y la entrega en acogimiento familiar en diciembre de 1997. Poco después, la madre biológica solicita al JPI nº 7 de Sevilla la cesación del acogimiento y recuperar su custodia. Lo mismo solicita el padre, mientras que la Junta de Andalucía pide que se constituya un acogimiento familiar de carácter preadoptivo en relación con la menor, a favor de los que ya eran sus acogedores. El JPI dicta Auto en mayo de 1999 en el que desestima las peticiones de los padres, y estima la de la Junta de Andalucía. Los dos padres biológicos de la menor interponen, por separado, recurso de apelación. El auto de la AP Sevilla de 8 de marzo de 2001 estima el recurso formulado por la madre, por lo que revoca el auto dictado en primera instancia, ordena dejar sin efecto el acogimiento y que la madre recupere la custodia de la menor, y establece un régimen transitorio consistente en transformar el acogimiento familiar en residencial provisional, por lo que ordena a la Junta de Andalucía que proceda al internamiento de la menor en un centro de acogida, para que ahí la madre y la niña vayan relacionándose cada vez con mayor frecuencia.

A la vista de que han transcurrido varios meses sin que la madre haya solicitado la ejecución del auto judicial, el JPI mediante auto de 22 de noviembre de 2001, y con apoyo en el art. 158.3 CC, ordena el exacto cumplimiento del auto de la AP de 8 de marzo de 2001, por lo que establece el inmediato internamiento de la menor en un centro de acogida que designe la Junta de Andalucía, y fija un detallado régimen de visitas y encuentros entre la madre y su hija en tal centro, así como el seguimiento de la evolución de esas relaciones entre ambas y su valoración psicológica a fin de determinar la fecha en que la niña pueda pasar a vivir definitivamente con su madre. Contra este auto interpone recurso de apelación la madre biológica de la menor, que es estimado por auto de la AP Sevilla de 31 de octubre de 2002. En ese auto se revoca el auto del JPI de 22 de noviembre de 2001, y se reitera que ha de cumplirse el auto de la AP Sevilla de 8 de marzo de 2001.

Es este último auto de la AP de Sevilla de 31 de octubre de 2002 el que es recurrido en amparo por los acogedores de la menor ante el Tribunal Constitucional. Alegan la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por insuficiente motivación de la resolución impugnada, por impedimento del acceso a los recursos jurídicos, y por no haber podido utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Afirman que igualmente se ha violado el derecho a la integridad física y moral de la menor (art. 15 CE), por resultar materialmente lesiva de tal integridad la medida ordenada por la Audiencia Provincial de su internamiento en un centro de acogida de la Junta de

Andalucía, con la consiguiente separación de la familia de acogida con la que hasta el momento venía conviviendo. Por todo ello, solicitan que se declare la nulidad del auto de la AP de Sevilla de 31 de octubre de 2002, que se declare firme el auto del JPI de 22 de noviembre de 2001.

En relación con la audiencia de la menor, conviene reproducir, por su interés, los cuatro primeros párrafos del FJ 7º de la STC:

«Además de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se acaba de constatar, procede hacerse eco de otra más evidente, que es la indefensión que se le produjo a la menor Montserrat al no haber sido oída durante la alzada que resolvió la Audiencia. Se trata de una lesión que, aunque la demanda no especifica de forma autónoma, sí alude a ella al relatar los hechos (cuando apunta que el Juez de Familia decidió sobre la menor «con audiencia de las partes» —hecho tercero—, mientras que la Audiencia «[d]urante la tramitación del Rollo de apelación no llama a la menor para verla u oírla...» —hecho cuarto—), y sobre la que la Letrada de la Junta de Andalucía argumenta extensamente.

En efecto, la indefensión producida por falta de audiencia de la menor queda documentalmente acreditada en la providencia de la Sección Sexta de la Audiencia de 27 de junio de 2002, que literalmente afirma que «[n]o procede celebrar vista por no justificarse tal petición», sin que pueda entenderse válido el motivo esgrimido (la no justificación de la petición) a la vista de lo antes razonado, esto es, del tiempo transcurrido entre su mismo Auto que determinaba el modo de ejecución, y el momento en que iba a dictarse nueva resolución sobre el Auto del Juez de Familia que se recurría, tiempo que en el instante de dictar la Providencia citada ya rebasaba el año.

El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (la última, en la STC 178/2003, de 13 de octubre, F. 4, recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden), derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor. En el caso, se deduce sin margen de duda esa condición del suficiente juicio atendida la edad de la niña en el momento en que conocía la Audiencia del recurso de apelación, porque si en anteriores actuaciones la corta edad de la menor pudo impedir tener en cuenta su parecer, no puede considerarse que esa fuera la situación cuando la Audiencia dictó la resolución aquí recurrida (octubre de 2002), momento en que la menor había alcanzado prácticamente los diez años sin que, a la vista de los informes psicológicos que figuran en las

actuaciones, su estado mental revelase una especial insuficiencia de su capacidad intelectual a estos efectos: de hecho, ya había sido oída por el Juez de instancia, como refleja el Auto de éste, de julio de 2002.

Nos encontramos así, respecto de este concreto extremo, en idéntica situación que la que resolvió este Tribunal por Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, recordada por los recurrentes, por el Ministerio Público y por la Letrada de la Administración, en un caso que protagonizaron judicialmente los mismos órganos que protagonizan éste, resultando plenamente trasladable aquí lo que entonces se dijo en relación con esta particular cuestión: «... al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CC»».

En consecuencia, el TC parte del hecho de que la menor, que al tiempo en que se dictó el auto impugnado (octubre de 2002) tenía casi diez años, gozaba ya de suficiente juicio. Razón por la cual la Audiencia Provincial debía haber atendido la petición de audiencia que se le formuló. La omisión de ese necesario trámite de audiencia lleva al Tribunal Constitucional a concluir que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor, debido a la indefensión sufrida como consecuencia de ese modo de proceder de la Audiencia Provincial. El TC fundamenta su decisión trasladando al caso de autos la argumentación jurídica que había efectuado en la STC 221/2002 para estimar igualmente la violación del art. 24.1 CE en el caso de la niña de Benamaurel, pues considera que se trata de dos situaciones «idénticas».

Sin embargo, y como con acierto ha señalado GUTIÉRREZ SANTIAGO (31), las diferencias entre ambos casos son notorias. Mientras

(31) «La problemática reinserción...», *cit.*, pp. 261 y ss.

que en nuestro asunto la menor tenía nueve años al momento de dictarse la resolución impugnada, la niña de Benamaurel había cumplido ya los doce (tenía más de trece). Además, en nuestro caso se solicitó a la Audiencia Provincial que se escuchara a la menor, petición ésta que fue desestimada por el juzgador; en cambio, en el caso de la niña de Benamaurel no hubo una petición de audiencia.

Lo primero que debe resolverse es si en los dos casos que se analizan el órgano judicial debía dar audiencia al menor. Porque si la respuesta es negativa, habrá que entender que no se ha obviado ningún trámite procesal y, en consecuencia, en ningún caso podrá considerarse que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso resuelto por la STC 221/2002, la Audiencia Provincial de Sevilla, antes de dictar el auto de 3 de febrero de 2000, que es objeto de recurso de amparo, ¿tenía que oír a la niña de Benamaurel? En ese auto la AP insiste en que hay que ejecutar un auto anterior dictado por el JPI, para que la niña vuelva con sus padres (adoptivos).

El Código Civil no prevé audiencia alguna de los menores en los casos de cesación de acogimiento. Y tampoco parece que pueda aplicarse el art. 92.II CC, pues la audiencia se prevé en el mismo en los casos de nulidad, separación y divorcio. En mi opinión, tampoco procede la audiencia del menor por aplicación del art. 9 LOPJM, pues esta norma no impone la audiencia con carácter imperativo, sino que concede al menor el derecho a ser oído, si así lo solicita. En el caso de autos la niña no solicitó tal audiencia, por lo que no se fijó un trámite procesal para ello. Por último, y aunque la LEC hubiera estado en vigor (que no lo estaba), resultaría difícil exigir la audiencia del menor por aplicación del art. 770.4º LEC, salvo que se hiciera una interpretación forzada del precepto, considerando el caso de autos como una de las demandas que se formulan al amparo de los arts. 42 a 107 del Código Civil.

El Tribunal Constitucional considera que la audiencia de la menor era necesaria porque interpreta el art. 9 LOPJM de un modo diferente. Entiende que este precepto impone la audiencia con carácter imperativo (siempre que concurren los requisitos en él exigidos), por lo que hay que establecer el correspondiente trámite procesal para que el menor sea escuchado, incluso cuando esta audiencia no haya sido solicitada, como sucede en el caso de autos.

En el caso resuelto por la STC 71/2004 la situación es parcialmente distinta. Pero la pregunta es la misma. La Audiencia Provincial de Sevilla, que dicta un auto con fecha de 31 de octubre de 2002, ¿debía haber oído al menor antes de dictar ese auto? Recuérdese que en este caso el menor tiene, por esas fechas, nueve años cumplidos, y que además

se solicitó a la Audiencia que estableciera un trámite procesal específico para escuchar al menor, petición que fue desestimada.

Para hallar la respuesta correcta carece de relevancia averiguar si el art. 9 LOPJM regula una audiencia imperativa, o si ésta sólo procede a petición del menor. Pues lo cierto es que, en el caso de autos, se solicitó al órgano judicial la audiencia del menor. El problema interpretativo se traslada al de determinar si la menor Montserrat, nacida en diciembre de 1992, tenía juicio suficiente en octubre de 2002. La Audiencia Provincial consideró que era irrelevante oír a la menor, y por eso desestimó la petición de audiencia. Pero el Tribunal Constitucional «deduce sin margen de duda» que la menor gozaba ya de suficiente juicio, dada la edad que tenía. Al operar de este modo, el Tribunal Constitucional está dando preeminencia a su propia valoración sobre la suficiencia de juicio de la menor. La Audiencia Provincial estima que la menor no tiene juicio suficiente, y el Constitucional no comparte esa tesis, sino que entiende que sí posee suficiente juicio. Y por eso debe ser escuchada. En mi opinión, la decisión sobre si la menor tiene o no juicio suficiente corresponde al juzgador de turno; en definitiva, al juez que tenga competencias para entrar a conocer sin limitaciones el fondo del asunto. Sucede, sin embargo, que el papel del Tribunal Constitucional no es «revisar» las sentencias dictadas en las instancias inferiores, sino juzgar, en el ámbito del recurso de amparo, si una determinada resolución judicial vulnera un derecho fundamental. Como señala GUTIERREZ SANTIAGO, «el TC, al reconsiderar la apreciación judicial de que no procedía oírla y concluir que, según su criterio, sí tenía suficiente juicio y sí se le debió dar audiencia, en verdad vino a suplantar la valoración que sobre ese extremo había realizado aquel órgano judicial, asumiendo, pues, en la práctica el papel revisor que en la teoría se niega»³². Siguiendo a esta misma autora, estimo que no se vulneró el derecho de audiencia de la menor, pero que sí podría haberse alegado con éxito la falta de motivación de la decisión de la Audiencia sobre la improcedencia de oír a la menor, por constituir un palpable incumplimiento del art. 9.3 LOPJM.

(32) «La problemática reinserción...», *cit.*, pp. 275. Más adelante añade (pp. 26) que «el TC no se atuvo a las limitaciones fácticas y jurídicas que su propia naturaleza le impone, y que él mismo se autoreconoce, y en el punto concreto que nos ocupa se desdijo y apartó de su doctrina general sobre la configuración y finalidad del recurso de amparo».

7. La omisión de la audiencia del menor como un supuesto de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La falta de audiencia del menor en un proceso judicial no va a suponer, siempre y en todo caso, una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, es posible que la omisión del trámite de audiencia no sea motivo de queja por el menor. Así sucederá cuando la audiencia no sea exigida por el ordenamiento jurídico. Eso es precisamente lo que sucede, en mi opinión, en el asunto resuelto por la STC 221/2002, en materia de cesación de acogimiento. En un caso como éste, ni hay norma que imponga con carácter imperativo la audiencia del menor, ni ésta ha sido solicitada por ese sujeto en los términos previstos en el art. 9 LOPJM. Por eso, el hecho de no darle audiencia no incumple norma alguna, por lo que difícilmente puede afirmarse que ese modo de proceder vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva. Algo parecido ocurre con la STC 71/2004, relativa también a la cesación del acogimiento de un menor de nueve años. Ciertamente que en este caso sí hubo petición expresa al órgano jurisdiccional para que diera audiencia al menor, y que, con apoyo en el art. 9 LOPJM, esa petición debe vincular al juzgador, siempre que el menor tenga juicio suficiente, por lo que no tenía que ser oído, ausencia de audiencia que tiene un correcto soporte normativo, por lo que tampoco cabe alegar su omisión ante el Tribunal Constitucional —vía recurso de amparo— como un supuesto de violación de la tutela judicial efectiva.

Centrándonos ya en la STC 152/2005, se discute si la Audiencia Provincial de Sevilla, en el procedimiento judicial que concluye con la sentencia de 25 de febrero de 2004, que resuelve el incidente de nulidad promovido por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 29 de julio de 2003, debió o no dar audiencia al menor Alberto. La sentencia tiene su origen en la demanda de separación presentada por Raquel contra su marido Alberto. En primera instancia sí se oyó al menor, en el trámite de adopción de las medidas cautelares provisionales solicitadas por la demandante. Pero no se le dio audiencia en segunda instancia, que concluyó con sentencia de 29 de julio de 2003. Esa es una de las razones por las que el Ministerio Fiscal promueve el incidente de nulidad de actuaciones, alegando que la falta de audiencia del menor constituye una violación de la tutela judicial efectiva. La Audiencia Provincial resuelve este incidente de nulidad por sentencia de 25 de febrero de 2004, que en lo que ahora nos concierne, establece que «no existe obligación alguna de oír al menor al tener me-

nos de doce años; por otra parte no fue oído en primera instancia, y tampoco fue solicitada esta prueba por el Ministerio Fiscal, en dicha instancia» (FJ 2.º). Por lo tanto, la Audiencia Provincial rechaza la petición de dar audiencia al menor, y resuelve sin haberlo oído previamente. Contra esta sentencia interpone el padre (Miguel Angel) recurso de amparo, alegando, entre otras, la violación de la tutela judicial efectiva del menor por no practicarse la audiencia solicitada.

Hay que preguntarse, en primer lugar, si la Audiencia Provincial de Sevilla ha actuado de conformidad con la normativa vigente. Pues si así ha sido, en ningún caso podrá considerarse que sus sentencias vulneran el derecho del menor a la tutela judicial efectiva. Cuando dicta su primera sentencia, de 29 de julio de 2003, el menor Alberto ha cumplido nueve años y siete meses. El art. 92.II CC, en su primitiva redacción, exige que se oiga al menor si tiene más de doce años o, de no alcanzar dicha edad, si tiene juicio suficiente. De modo que, si en opinión del juzgador, el menor no tiene juicio suficiente, no hay que darle audiencia. En consecuencia, la actuación de la Audiencia Provincial no merece reproche alguno. Además, el hecho de que el menor haya sido oído en primera instancia no vincula al juzgador en segunda instancia. Éste tiene plena libertad para analizar la suficiencia de juicio del menor. Dudo es si el juzgador debe expresar las razones por las que no cabe la audiencia. Parece razonable entender que, si la motivación es necesaria en los casos de audiencia a petición del menor (art. 9.3 LOPJM), con más razón habrá de exigirse cuando la audiencia venga impuesta por la ley (art. 92.II CC), pero no proceda por no concurrir los requisitos legalmente exigidos (en concreto, el relativo a la suficiencia de juicio).

La situación es parcialmente distinta cuando la Audiencia Provincial dicta la segunda sentencia, el 25 de febrero de 2004. La diferencia estriba no tanto en la mayor edad que tiene el menor, sino en que ahora sí se ha pedido expresamente al juzgador que se le conceda audiencia. Vayamos por partes. En cuanto a la edad del menor, cuando se dicta esta segunda sentencia tiene cumplidos diez años y dos meses (y no once años como apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). No alcanza, por tanto, los doce años en los que la audiencia se configura como un trámite obligado. De modo que, al igual que sucedió en la primera sentencia, la audiencia del menor depende de que tenga juicio suficiente, y esta suficiencia de juicio debe ser apreciada por el juzgador. El Ministerio Fiscal señala que, dada la edad del menor, cabe presumir que tiene suficiente juicio para expresar su parecer sobre el cambio de guarda y custodia solicitado por la madre. En mi opinión, no cabe admitir una presunción de este tipo. La Audiencia

Provincial tiene plena libertad para decidir en torno a la suficiencia de juicio del menor. Cuestión distinta es la que deriva del hecho de que ahora se haya solicitado expresamente a la Audiencia Provincial que oiga al menor. Es indudable que la denegación de la audiencia ha de ser en tal caso motivada. Así lo exige el art. 9.3 LOPJM. Y la sentencia de 25 de febrero de 2004 no tiene motivación alguna. Se limita a señalar que «no existe obligación legal alguna de oír al menor al tener menos de doce años», lo que es lo mismo que no decir nada. El juzgador debería haber expresado los motivos por los que, en su opinión, el menor carecía de juicio suficiente, lo que evitaba tener que darle audiencia en el proceso judicial. Esta falta de motivación de la resolución judicial vulnera la tutela judicial efectiva, por lo que es susceptible de recurso de amparo.

En definitiva, podrá discutirse si un menor de esas edad tiene o no suficiente juicio para ser oído sobre la concreta cuestión que es objeto de recurso ante el órgano jurisdiccional (en nuestro caso, petición de cambio de guarda y custodia de los hijos). Pero es el juzgador de turno, en este caso la Audiencia Provincial, el único legitimado para valorar la concurrencia o no de ese hecho (la suficiencia de juicio). Se trata de una cuestión de hecho, y no de derecho, por lo que su revisión sólo es posible cuando el recurso que se interponga permita al órgano jurisdiccional que ha de conocer del mismo entrar a valorar con plenitud la pretensión recurrida. Así sucederá en el recurso de apelación, cuando el apelante afirme que el menor sí tenía suficiente de juicio. Pero no, en cambio, en el recurso de casación, donde por definición el juzgador no puede entrar de nuevo en la valoración de los hechos.

El Tribunal Constitucional estima que el menor, «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 reconoce el art. 9 LOPJM. «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 art. 24.1 CE» (FJ 3º). De ello concluye que son nulas las dos sentencias de la Audiencia Provincial, de fecha 29 de julio de 2003 y 25 de febrero de 2004.

Varias son las reflexiones que merece la sentencia del máximo intérprete de la Constitución. Por una parte, llama la atención que declare la nulidad de la primera de las sentencias dictadas en grado de apelación (la de 29 de julio de 2003), cuando el recurso de amparo se interpone contra la segunda sentencia de la Audiencia Provincial, de 25 de

febrero de 2004. En puridad, sólo esta última sentencia debería haber sido anulada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aplica en este caso su consolidada doctrina según la cual, cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de entenderse también recurridas las precedentes resoluciones judiciales confirmadas (33). Igualmente merece destacarse el hecho de que el TC reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva del padre (Miguel Angel) y de sus hijos menores (Alberto y Natalia), por no haberse dado audiencia a uno de los hijos (Alberto). Tampoco aquí hay congruencia entre lo solicitado en la demanda y lo concedido en el fallo. Pues en la demanda el padre denuncia la vulneración del derecho de los hijos menores a la tutela judicial efectiva por no practicarse la audiencia a los menores. En mi opinión, no cabe estimar que se vulnera el derecho del propio padre a la tutela judicial efectiva por no oírse a los menores. El derecho que, en su caso, habrá de considerarse violado, es el que corresponde a los propios menores a que se les conceda audiencia.

También cabe cuestionar la afirmación del Tribunal Constitucional de que se ha vulnerado el derecho de los menores a ser oídos. Ciertamente, si se tratara de un menor mayor de doce años, no habría dificultades en poder apreciarlo, pues la celebración de la audiencia dependería de la concurrencia de un presupuesto objetivo, como es la constatación de que el menor tenía más de doce años. La solución, sin embargo, ha de ser otra cuando el menor no supera esa edad, pues el establecimiento del trámite de audiencia depende de que el menor tenga «juicio suficiente», y esa valoración no la puede llevar a cabo el Tribunal Constitucional. Como ya se ha comentado con anterioridad al hilo de la STC 71/2004, el papel del Tribunal Constitucional no es revisar las sentencias dictadas por las instancias inferiores, sino juzgar, en el ámbito del recurso de amparo, si una determinada resolución judicial vulnera un derecho fundamental. Por lo tanto, el TC no puede entrar a juzgar si el menor tiene suficiente juicio, pues él no puede revisar la valoración que sobre el particular ha realizado la Audiencia Provincial. En conclusión, el Tribunal Constitucional no puede decretar que se ha vulnerado el derecho de audiencia del menor, al no haber sido escuchado

(33) SSTC 97/1999, de 31 de mayo (RTC 1999, 97); 14/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 14); 81/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 81); 214/2000, de 18 de septiembre (RTC 2000, 214); 115/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 115); 189/2002, de 14 de octubre (RTC 2002, 189); 115/2003, de 16 de junio (RTC 2003, 115); 178/2003, de 13 de octubre (RTC 2003, 178).

por la Audiencia Provincial; ni en lógica ni en consecuencia, puede hacer derivar de esa falta de audiencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor consagrado en el art. 24.1 CE. Sí podría, en cambio, conocer de la demanda de amparo por falta de motivación de la sentencia de 25 de febrero de 2004, por contravención de lo dispuesto en el art. 9.3 LOPJM. Dado que realmente existe ausencia de motivación sobre la denegación de audiencia del menor, cabría estimar la petición de amparo.

Recapitulando, no toda falta de audiencia del menor significa una vulneración de la tutela judicial efectiva. Pues es posible que al menor no se le oiga en el procedimiento judicial porque la audiencia no es imperativa o porque, aun habiendo sido solicitada por el menor (a través de su representante), el juzgador estime que no tiene suficiente juicio. En tal caso no se infringe el derecho del menor a ser oído, por lo que difícilmente puede considerarse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Esto es lo que sucede en el caso resuelto por la STC 152/2005.

Cabe ahora plantearse qué sucede cuando el juez está obligado a dar audiencia al menor (por tratarse de una audiencia imperativa y ser el menor mayor de doce años o menor de esa edad pero con suficiente juicio; o por haberse solicitado la audiencia y tener el menor suficiente juicio). Si el juzgador no oye al menor en el marco del procedimiento judicial en curso, ¿se le vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva? Parte de la doctrina entiende que sí (34), y el Tribunal Constitucional se inclina igualmente por una respuesta positiva. Y así lo declara en las SSTC 221/2002, 71/2004 y 152/2005. En éste última se limita a señalar que la omisión del trámite de audiencia del menor es motivo suficiente para apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 3º), sin dar mayores argumentos. Se reproduce así, de manera literal, lo establecido en la STC 221/2002 (FJ 5º). Por su parte, la STC 71/2004 precisa un poco más: «El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (la última, en la STC 178/2003, de 13 de octubre, F. 4, recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden), derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor» (FJ 7º).

(34) Implícitamente, SÁNCHEZ PRIETO, «La audiencia del menor...», *cit.*, pp. 962, cuando sostiene que la falta de audiencia «derivará en una posición de indefensión al menor con todas las consecuencias jurídicas y personales que conlleva la indefensión».

Para el Tribunal Constitucional, el derecho de audiencia del menor es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (35). Por eso, la falta de audiencia provoca la violación del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Sin embargo, de la remisión que hace la STC 71/2004 a la SC 178/2003, de 13 de octubre, se infiere que, para el máximo intérprete de la Constitución el derecho de audiencia del menor se equipara, desde una perspectiva constitucional, al derecho de audiencia de las partes litigantes en un proceso judicial. En efecto, la STC 178/2003, de 13 de octubre, concede el amparo solicitado por un sujeto que no compareció ante la Audiencia Provincial por un error en la identificación del número de recurso, imputable exclusivamente al órgano judicial. La ausencia de ese sujeto en la comparecencia, con la consiguiente imposibilidad de ser oído, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE.

No resulta fácil aplicar el derecho de audiencia del menor la ingente doctrina elaborada por el TC sobre la audiencia de las partes y su relación con la tutela judicial efectiva. En esta material, la regla general es que la privación o limitación de las posibilidades de defensa sólo conculca el art. 24.1 CE si provoca un perjuicio efectivo al recurrente, esto es, si le ha causado una «indefensión material», y no una simple «indefensión formal». Sin embargo, esta idea ha sido matizada por el propio TC. Así, la STC 144/1997, de 15 de septiembre, sostiene que «para concluir que el derecho de defensa resulta materialmente inútil es preciso saber cuál sería en todo caso la solución del litigio, pero esa solución sólo pueden darla los órganos judiciales tras el proceso debido. Porque, efectivamente en segundo y muy principal lugar, la idea de que el derecho de defensa constitucionalmente garantizado es sólo aquel susceptible de producir algún fruto material a quien lo ejercita supone, nada más y nada menos, prescindir de la idea misma de proceso y del muy elemental principio de contradicción procesal. El derecho de defensa es, debe afirmarse con rotundidad, primera y principalmente un derecho formal» (en el mismo sentido, SSTC 161/1998, de 14 de julio, y 26/1999, de 8 de marzo).

Señalaba que el traslado de esta doctrina al caso que nos ocupa no resulta nada cómodo. Si ha de atenderse únicamente a la «indefensión material», su alegación por el menor al que no se le da audiencia no pa-

(35) En el mismo sentido, GUZMÁN FLUJA/CASTILLEJO MANZANARES afirman que «el derecho del menor a ser oído no es sino el desarrollo adaptado al menor de un aspecto del complejo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (*Los derechos procesales...*, cit., pp. 106).

rece posible, pues su ausencia en el proceso judicial no supone privarle de una oportunidad real de alegar y probar lo que estime conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Recuérdese que el menor no es parte en ese proceso judicial, y que la manifestación de su opinión tiene relevancia en la medida en que es un dato más para que el juzgador averigüe cuál es el interés del menor. Por tanto, en términos estrictos, la falta de audiencia del menor no le provoca una indefensión material. Se trata del incumplimiento de un trámite procesal, que deriva en una «indefensión formal», cuya trascendencia constitucional vía art. 24.1 CE es más que discutible.

En conclusión, a pesar de que el TC afirma, sin plantear duda alguna, que la falta de audiencia del menor vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, la cuestión es, en mi opinión, bastante más dudosa. Cierto es que se ha vulnerado un trámite procesal, pero de ello no cabe derivar sin más que se ha violado la tutela judicial efectiva, máximo como, en el caso que nos ocupa, no ha habido una indefensión material, pues no estaban en juego derechos subjetivos del propio menor.

Quizás la respuesta podría encontrarse por otra vía: la afirmación del derecho de audiencia del menor como un derecho fundamental. En efecto, si se admite, como hace parte de la doctrina (36), que el derecho de audiencia del menor es en sí mismo un derecho fundamental, su violación abriría la puerta al recurso de amparo. Sin embargo, me inclino por sostener que este derecho de audiencia no es *per se* un derecho fundamental, sino que su alegación en un recurso de amparo debe producirse incardinando ese derecho en alguno de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (37).

(36) J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «Comentario a la STS de 11 de junio de 1996», *cit.*, pp. 81; BOJANÉ/CABALLERO RIBERA, «El nuevo derecho...», *cit.*, pp. 1491, aunque en verdad no lo configuran como un derecho fundamental, sino como una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

(37) Como señala ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 76, nota a pie 77, «el derecho a ser oído del art. 9 de la LOPJM no coincide con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es un derecho legal diferente que confiere al menor un papel activo en los procesos judiciales y administrativos en los que estén afectados sus intereses, pero no un derecho a obtener una resolución fundada en derecho (art. 24 CE)».