

LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES TRAS LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, QUE MODIFICA EL RÉGIMEN DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

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

I. INTRODUCCIÓN. II. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES. 1. Régimen anterior a la Ley 15/2005. 2. El nuevo régimen instaurado por la Ley 15/2005. 3. Rasgos esenciales de la audiencia del menor en los procesos matrimoniales, tras la Ley 15/2005. 4. La audiencia del menor en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. III. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. La omisión de la audiencia del menor constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: las SSTC 221/2002, 71/2004 y 152/2005. 2. El Ministerio Fiscal debe intervenir en el trámite de audiencia del menor: la STC 17/2006, de 30 de enero. 3. No es necesaria la audiencia del menor en el proceso de ejecución provisional de una sentencia que atribuya la guarda y custodia del menor a uno de los progenitores: la STC 22/2008, de 31 de enero. IV. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 92.6 CC EN LA STC 163/2009, DE 29 DE JUNIO. 1. Los hechos. 2. La decisión del Tribunal Constitucional. 3. Valoración y crítica: la adecuación de la solución a la legalidad vigente.

RESUMEN

El menor tiene derecho a ser oído en los procesos matrimoniales que le afecten. Este derecho, recogido en distintos textos legales, cambia su configuración y alcance tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica la normativa sobre separación y divorcio. El presente artículo examina el régimen jurídico actual del derecho de audiencia del menor, tomando en consideración las novedades introducidas por la Ley 15/2005 y la reciente Ley 13/2009. Asimismo, se analizan en detalle las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el particular (SSTC 17/2006, 22/2008 y 163/2009).

PALABRAS CLAVE: derecho de los menores; derecho de audiencia; tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The minors have the right to be heard in the matrimonial processes in which they are involved. This right, included in different legal texts, changes its configuration and scope after the 15/2005 Act, dated 8 July, which modifies the regulation on separation and divorce. This article reviews the current legal system regarding the minors' right to be heard, taking into consideration the novelties implemented by the 15/2005 Act and the recent 13/2009 Act. Likewise, this article analyses in detail the last judgments of the Constitutional Court on this matter (SSTC 17/2006, 22/2008 and 163/2009).

KEY WORDS: minors' right; right to be heard; effective judicial protection.

I. INTRODUCCIÓN

Son varias las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tenido que analizar el derecho del menor a ser oído en los procesos judiciales que le afecten y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Hace cuatro años tuve ocasión de analizar en esta misma revista¹ la STC 152/2005, de 6 de junio, que admitió el recurso de amparo de un padre contra una sentencia de una Audiencia Provincial, en un proceso que versaba sobre una separación matrimonial, al considerar que la Audiencia debía haber otorgado un trámite específico de audiencia al menor de edad hijo de esa pareja; y que al no otorgarlo, se produce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor consagrado en el art. 24.1 CE. No era la primera ocasión que el alto tribunal se había pronunciado sobre esta materia, que ya había sido analizada antes por las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, y 71/2004, de 19 de abril. Y tampoco ha sido la última, pues al menos otras tres sentencias posteriores vuelven sobre este asunto: SSTC 17/2006, de 30 de enero; 22/2008, de 31 de enero; y 163/2009, de 29 de junio.

La razón de este nuevo trabajo sobre la audiencia del menor se justifica por dos motivos. En primer lugar, por la existencia de estas tres nuevas sentencias del Tribunal Constitucional, que merecen ser analizadas en detalle; y en particular por la última de ellas (la STC

¹ "Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten", *Derecho Privado y Constitución*, 2005, nº 19, págs. 165 y ss.

163/2009, de 29 de junio), que es la primera que toma en consideración la nueva regulación del derecho de audiencia en los procesos matrimoniales contenida en el art. 92.6 CC, en la redacción por la Ley 15/2005. En segundo lugar, porque al hilo de esta última sentencia, resulta oportuno profundizar en el régimen del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales, a la luz de la nueva regulación contenida en los arts. 92.2 y 92.6 CC, y 770.4^a y 777.5 LEC.

El trabajo se estructura en tres partes. En primer lugar, se examina el régimen jurídico de la audiencia del menor en los procesos matrimoniales, especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 (epígrafe II). En segundo lugar, se repasa el tratamiento que de la audiencia del menor ha hecho el Tribunal Constitucional en sus numerosas sentencias (epígrafe III). Y en tercer lugar, hay que ocuparse de la STC 163/2009, de 29 de junio, y de la aplicación que la misma hace del nuevo art. 92.6 CC (epígrafe IV).

II. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Régimen anterior a la Ley 15/2005

En este lugar vamos a examinar cuál era la configuración del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales antes de la Ley 15/2005. Se consideran procesos matrimoniales los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. Existe, sobre el particular, una regulación fragmentaria y caracterizada por su falta de conexión recíproca. En efecto, existen tres cuerpos normativos, que son el Código Civil, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (en adelante, LOPJM), y los arts. 770.4^a y 777.5 LEC. Estos preceptos ya han sido analizados en detalle en mi trabajo anterior, ya citado². Sin embargo, me interesa destacar su contenido básico, para poder así comprender el alcance de la reforma operada por la Ley 15/2005.

A. El art. 92.II CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981, y antes de la modificación operada por la Ley 15/2005, establecía que “las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación de los hijos serán

² En “Tutela judicial efectiva...”, *cit.*, pags. 173-174, 178 y ss., y 182 y ss., respectivamente.

adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de doce años". En consecuencia, la audiencia del menor tendrá lugar, en todo caso, si se cumple un requisito objetivo: que el menor sea mayor de doce años. Si el menor no alcanza esa edad, la audiencia dependerá del órgano judicial, en el sentido de que sólo procederá cuando, según el juez el menor tenga "juicio suficiente".

Conviene reparar en que el art. 92.II CC sólo se aplica a los procesos contenciosos de nulidad, separación o divorcio. La audiencia, sin embargo, no está prevista en los casos en los que los cónyuges actúan de mutuo acuerdo (art. 90 CC). Aún así, se ha defendido que también en ese caso puede resultar preceptiva la audiencia (DA 6º.6 de la Ley 30/1981)³. Solución esta que, como más adelante se verá, fue posteriormente asumida por la LEC.

B. El art. 9 LOPJM contiene la *regulación general* del derecho del menor a ser oído. El precepto, que tiene una redacción confusa y poco afortunada, consta de tres apartados. El primero establece el ámbito objetivo del derecho de audiencia: "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", añadiendo en su párrafo segundo el modo de llevar a cabo la audiencia en los procesos judiciales: "las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

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). Esa persona designada por el menor no es un verdadero representante, sino un *nupcius*, esto es, un mero portavoz de la voluntad del menor. Cuando el menor 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, los encargados de manifestarla 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 (art. 9.2.II LOPJM).

³ SÁNCHEZ PRIETO, A., "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, pág. 961.

Por su parte, el apartado 3 de este artículo 9 dispone que cuando el menor solicite ser oído por un órgano judicial, la denegación de la audiencia deberá ser comunicada 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.

El artículo 9 LOPJM guarda silencio, sin embargo, sobre dos cuestiones de enorme importancia. Así, en primer lugar, no especifica qué menores pueden acogerse al derecho a ser oído. Como ha señalado la doctrina⁴, no todo menor de dieciocho años tiene derecho a ser oído, sino sólo aquellos que tienen juicio suficiente. 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. Esto enlaza con la segunda cuestión, que se refiere al contenido del derecho de audiencia. ¿Qué es lo que el juez debe oír del menor? En mi opinión, 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 controversia jurídica.

C. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en el marco de los procesos matrimoniales, contempla la audiencia del menor en los arts. 770.4^a y 777.5, incluidos ambos en el Capítulo IV (“procesos matrimoniales y de menores”) del Título I (“de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”) del Libro IV (“de los procesos especiales”). El art. 770 LEC 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). El art. 770.4^a.II establece que “cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oír si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años” (art. 770.4^a.II LEC). La audiencia se regula en términos similares al art. 90.II CC: si hay hijos menores mayores de doce años, el juez tendrá que oírlos necesariamente, mientras que si son menores de esa edad se les oír si, a criterio del juzgador, tienen juicio suficiente.

⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *Act. Civ.*, 1997-1, pág. 26; LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001, pág. 141.

Por su parte, el art. 777 LEC se refiere al 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 incuestionable. 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.

La audiencia del menor también se contempla en el procedimiento que resuelve la modificación de las medidas definitivas (por la remisión que hace el art. 775.2 a los arts. 770 y 777 LEC). Sin embargo, no se ha previsto en los procesos de adopción de medidas provisionales previas (art. 771 LEC), ni en los de medidas simultáneas a la admisión de la demanda (art. 773 LEC, que se remite al cauce procesal de las medidas previas). 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 al menor.

Una interpretación conjunta de estos tres cuerpos normativos (CC, LEC y LOPJM) permite llegar a las siguientes conclusiones. En los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, si los hijos menores de edad tienen menos de doce años, tendrán que ser oídos necesariamente por el órgano judicial, ya se trate de un proceso contencioso (arts. 92.II CC y 770.4^a LEC), ya sea de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (art. 777.5 LEC). En cambio, si el menor no alcanza los doce años, el derecho a ser oído se hace depender de que tenga “juicio suficiente” (arts. 92.II CC, 770.4^a y 777.5 LEC). Lo mismo se aplicará al procedimiento de modificación de las medidas definitivas (art. 775.2 LEC). En los demás procesos matrimoniales, el menor, con independencia de su edad, tendrá derecho a ser oído, si tiene juicio suficiente (art. 9.1 LOPJM). Si el menor tiene derecho a ser oído, será de aplicación lo dispuesto en la LOPJM respecto al modo en

que él puede ejercitar ese derecho (art. 9.2 LOPJM) y respecto a la forma en que debe llevarse a cabo la audiencia (art. 9.1.II LOPJM). En todo caso, si el menor solicita ser oído, y el órgano judicial entiende que la audiencia no procede (por no tener doce años o por carecer de juicio suficiente), deberá denegarla motivadamente, como establece el art. 9.3 LOPJM.

2. El nuevo régimen instaurado por la Ley 15/2005

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, reforma de manera sustancial el régimen jurídico del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales. En efecto, esta Ley da una nueva y complete redacción al art. 92 CC, e introduce modificaciones en los arts. 770.4^a y 777.5 LEC.

A. El nuevo art. 92 CC tiene nueve apartados. Además del art. 92.2 CC, que contiene una genérica remisión al cumplimiento por el juez del derecho del menor a ser oído, nos interesa el art. 92.6, que establece que “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Esta nueva regulación introduce cambios esenciales en la configuración de la audiencia del menor. (i) El ámbito objetivo de aplicación de la norma es el proceso judicial en el que se acuerde la guarda y custodia de los menores. (ii) Los sujetos legitimados para solicitar la audiencia del menor son 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, aunque también podrá decretarla el juez de oficio. (iii) El juez tendrá que oírlo cuando, en su opinión, el menor tenga “juicio suficiente”, con independencia de su edad. (iv) El juez debe estimar, además, que la audiencia es “necesaria”, de modo que si la considera innecesaria (por ejemplo, porque ya consta indubitadamente la opinión del menor) no tendrá que celebrarse.

B. La Ley 15/2005 modifica también el art. 770.4ª LEC, con el fin de añadir un tercer párrafo a los dos hasta ahora existentes. Este nuevo párrafo establece cómo ha de llevarse a cabo la audiencia de los menores: “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”. Hay que entender que esta norma es de aplicación a todos los procedimientos civiles en los que tenga lugar una audiencia a un menor, por lo que vendría a completar lo ya dispuesto en el art. 9.1.II LOPJM.

C. Más trascendente es el cambio que la Ley 15/2005 produce en el art. 777.5 LEC, que es objeto de una nueva redacción. Establece ahora que “si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”. Como puede advertirse, esta norma, que se aplica a los procesos matrimoniales de separación o divorcio de mutuo acuerdo, es idéntica a la recogida en el nuevo art. 92.6 CC.

3. Rasgos esenciales de la audiencia del menor en los procesos matrimoniales, tras la Ley 15/2005

A la vista de la modificaciones producidas en la Ley 15/2005, puede exponerse ya cuál el régimen del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales. Vamos a describir sus rasgos esenciales:

A. Sobre el carácter imperativo o no de la audiencia. En los procesos matrimoniales contenciosos surge la duda de si la audiencia es un trámite obligatorio para los menores mayores de doce años. Y ello porque mientras el art. 770.4ª LEC se decanta por esa solución (todo mayor de doce años debe ser oído), el art. 92.6 CC sigue otro criterio, al obligar al juez a oír a los que tengan juicio suficiente, pero sólo cuando lo “estime necesario”. En mi opinión, hay que dar preeminencia a la norma contenida en la LEC, por lo que 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). En los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo la solución es más sencilla, pues los arts. 92.6 CC y 777.5 LEC coinciden: la audiencia del menor no es un trámite necesario, y el juez tendrá que oírlo cuando el menor, en su opinión, tenga juicio suficiente y él lo estime necesario. En los procesos de modificación de medidas, la audiencia del mayor de doce años tendrá carácter imperativo si el proceso es contencioso, mientras que si es de mutuo acuerdo se estará al criterio de la suficiencia del juicio y de que el juez la considere necesaria (por la remisión del art. 775.2 a los arts. 770.4º y 777.5 LEC). En los procesos de adopción de medidas provisionales previas a la demanda (art. 771 LEC) y en los de adopción de medidas simultáneas a la admisión de la demanda (art. 773 LEC) no está prevista la audiencia del menor, aunque no hay inconveniente en que éste lo solicite *ex art. 9 LOPJM*.

B. Sobre si el juez debe pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la audiencia. En los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo, como la audiencia no es imperativa, si el juez estima que el menor no tiene juicio suficiente, o aun teniéndolo, reputa innecesaria la audiencia, el juez no está obligado a dictar una resolución motivada sobre la denegación de la audiencia. Lo mismo sucederá en los procesos matrimoniales contenciosos cuando el hijo, menor de doce años, no tenga, en opinión del juez, suficiente juicio. Evidentemente, es distinta la situación cuando el menor –o alguna de las personas legitimadas para ello– solicite al juez ser oído en ese proceso. En tal caso el juez tendrá que pronunciarse expresamente, y si deniega la audiencia del menor, la resolución deberá ser motivada, y comunicada al Ministerio Fiscal y al solicitante (art. 9.3 LOPJM).

C. Sobre quién puede solicitar la audiencia del menor. El art. 777.5 LEC establece, para los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo, que la audiencia del menor puede adoptarla de oficio el juez, o a petición del Fiscal, las partes, los miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Ante el silencio del art. 770.4º LEC, parece oportuno generalizar esta regla, y entender que esos son quienes pueden solicitar la audiencia del menor en cualquier proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, sea contencioso o de mutuo acuerdo. Así se infiere también del art. 92.6 CC. Esta regla rige también en los procesos de modificación de medidas definitivas, pero no en los procesos de adopción de medidas provisionales previas a la demanda (art. 771 LEC) ni en los

de adopción de medidas simultáneas a la admisión de la demanda (art. 773 LEC), pues la audiencia del menor se rige en ellos por el art. 9 LOPJM, de modo que la solicitud sólo puede formularla el menor o la persona que le represente (art. 9.3 LOPJM).

D. Sobre cuándo el menor tiene “suficiente juicio” y su audiencia “se estima necesaria”. Más allá del supuesto de proceso contencioso con menor mayor de doce años, en el que la audiencia es imperativa, la audiencia se hace depender de dos criterios cuya delimitación resulta difícil: la suficiencia del juicio del menor, y la estimación de la audiencia como necesaria. En términos generales, cabe afirmar que el menor tiene juicio suficiente cuando posee una capacidad de entender y querer de forma razonada que le permite manifestar una opinión coherente y de acuerdo a sus intereses. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya existencia además debe valorarse en relación con la concreta decisión que se pretende adoptar. Pero es necesario, asimismo, que el juez estime necesaria la audiencia, pues de lo contrario no tendrá que oír al menor. Aquí el juez tiene aún una libertad mayor que para la determinación de la suficiencia del juicio. Pues él debe decidir si, en su criterio, la audiencia es necesaria. Y puede no ser necesaria por varias razones; por ejemplo, porque para resolver la controversia sometida a los tribunales es intrascendente la opinión del menor (así, si en el proceso judicial marido y mujer litigan por la cuantía de la pensión compensatoria), o porque la opinión del menor ya le consta indubitadamente al juzgador por otras vías.

E. Sobre el modo de manifestar el menor su voluntad. Lo normal es que sea el propio menor quien acuda ante el juez y exprese personalmente su opinión. Pero también es posible que el menor designe a una persona para que sea ésta quien manifieste la opinión del menor (art. 9.2.I LOPJM); esta persona no es un representante del menor, sino un *nupcius*, esto es, un simple portavoz de la voluntad del menor. Además, en determinados casos puede que sean unos terceros quienes manifiesten la opinión del menor. El art. 9.2.II LOPJM prevé que puedan serlo sus representantes legales u otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. En los procesos matrimoniales, estimo que los padres del menor, en cuanto representantes legales, no podrán nunca manifestar la opinión del menor, pues son parte interesada en el proceso, y el propio precepto que se comenta impide en tal caso que sean ellos quienes expresen la opinión del menor.

F. Sobre el modo de llevar a cabo la audiencia. A este aspecto se refieren los arts. 9.1.II LOPJM y 770.4^a.III LEC. Según estos preceptos, el menor tiene que ser oído “en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses” (art. 770.4^a.III LEC), teniendo en cuenta “su situación” y su “desarrollo evolutivo” (art. 9.1.II LOPJM). La audiencia debe celebrarse “sin interferencias de otras personas” (art. 770.4^a.III LEC), “cuidando de preservar la intimidad” del menor (art. 9.1.II LOPJM). Por eso el juez puede adoptar que la audiencia tenga lugar a puerta cerrada, y sin la presencia de los padres, para que el menor no se sienta “presionado” por ellos. Se prevé incluso que el juez, excepcionalmente, pueda recabar el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario (art. 770.4^a.III LEC). Los especialistas no actúan sobre el menor como objeto de una prueba pericial, sino que auxilian al juez a la hora de averiguar la opinión del menor.

4. La audiencia del menor en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

El régimen jurídico del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales ha sufrido una reciente modificación en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, Ley que entra en vigor el 4 de mayo de 2010 (a los seis meses de su publicación en el BOE; disposición final 3^a de la Ley 13/2009).

El art. 15.343 de la Ley 13/2009 modifica el art. 770.4^a LEC, dándole una nueva redacción. En realidad, lo único que cambia es el contenido del párrafo segundo del citado art. 770.4^a, que pasa a tener el siguiente texto: “Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”.

Si se compara este art. 770.4^a.II LEC con la regulación anterior, se advierte que la modificación afecta a la segunda frase del precepto, tras

el punto y seguido. Como es sabido, en la redacción anterior a la Ley 13/2009 el precepto era idéntico al art. 92.6 CC: a los menores “se les oírán si tuvieren suficiente juicio, y en todo caso, si fueren mayores de doce años”. Esa misma expresión se mantiene tras la Ley 13/2009, pero se añaden otros dos elementos: se enumeran los sujetos legitimados para solicitar la audiencia (en los mismos términos que ya prevé el art. 777.5 LEC), y se añade la fórmula “si se estime necesario”. Las dificultades se plantean por esta última expresión. Ciertamente es que con la misma el régimen de los procesos contenciosos (regulados en el art. 770 LEC) se asemejan a los de mutuo acuerdo, pues también en estos la audiencia se llevará a cabo si el juez lo estima necesario. Pero es perturbador que en la nueva redacción dada al art. 770.4ª.II LEC se mantenga la coletilla final de que “se oírán, en todo caso, a los mayores de doce años”.

Podrían defenderse varias interpretaciones del nuevo art. 770.4ª.II LEC:

1) Si el menor tiene más de doce años, habrá que oírlo siempre (audiencia imperativa), pero si es menor de esa edad y tiene juicio suficiente, deberá ser oído si el juez lo considera necesario.

2) Tenga o no el menor más de doce años, la audiencia se producirá cuando el juez estime que el menor tiene juicio suficiente y, además, la considere necesaria.

3) Tenga o no el menor más de doce años, la audiencia se producirá cuando el juez estime que el menor tiene juicio suficiente (siempre lo tendrá si tiene más de doce años) y, además, la considere necesaria.

A mi juicio, es esa tercera interpretación la que debe acogerse. Si se compara con la regulación de la audiencia del menor en el art. 777.5 LEC, se advierte que ambas no coinciden, y que, por la misma razón, tampoco coincide con el régimen previsto en el art. 92.6 CC. Por esa razón, estimo que hubiera sido más adecuado introducir en el art. 770.4ª.II LEC una redacción similar a la del art. 777.5 LEC, y evitar así un distinto tratamiento de la audiencia en función de que el proceso matrimonial sea contencioso o amistoso.

III. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Corresponde ahora abordar el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho del derecho de audiencia del menor.

1. La omisión de la audiencia del menor constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: las SSTC 221/2002, 71/2004 y 152/2005

A pesar de haber sido tratadas en detalle en otro trabajo anterior⁵, conviene recordar los rasgos esenciales de la doctrina sentada en las SSTC 221/2002, 71/2004 y 152/2005. En estas tres sentencias el Tribunal Constitucional llega a la misma conclusión: la falta de audiencia del menor constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

A. La STC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221), que resuelve el caso conocido como “la niña de Banamaurel”, estima el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y los guardadores de hecho de la niña, contra un auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de febrero de 2000, que insiste en que la niña debe reinserarse en su familia adoptiva. El Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la integridad moral de la menor, y el derecho a ser oída, lo que constituye una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo cierto, sin embargo, es que cabe dudar de que se haya vulnerado el derecho de la menor a ser oída. Pues en la resolución recurrida en amparo (el auto de la AP Sevilla citado) la Audiencia Provincial insiste en que hay que ejecutar un auto anterior dictado por el Juzgado de Primera Instancia que ordenaba la vuelta de la niña con sus padres (adoptivos), cesando así el acogimiento. Repárese en que, en un caso como el descrito, el Código Civil no prevé la audiencia del menor (el art. 92.II CC no era aplicable). Y en cuanto a la posible aplicación del art. 9 LOPJM, ya se ha indicado que la audiencia regulada en este precepto no tiene carácter imperativo, sino que sólo opera a solicitud del menor, y en el casfo de autos no consta que la niña (ni sus representantes legales) solicitara tal audiencia. En consecuencia, no se vulneró el derecho de la niña a ser oída, y por lo tanto, no cabe en ningún caso preguntarse sobre la posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

B. La STC 71/2004, de 19 de abril (STC 2004, 71) conoce del recurso de amparo planteado por los acogedores de una menor contra un auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de octubre de 2002. Se trata de una larga disputa entre su madre biológica y los guardadores de la

⁵ En “Tutela judicial efectiva...”, *cit.*, pp. 167 y ss., y 209 y ss.

menor. Este auto trae causa del recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra un auto del JPI de nº 7 de Sevilla, de 22 de noviembre de 2001, que ordenaba el inmediato internamiento de la menor en un centro de acogida. El auto que resuelve la apelación da la razón a la madre apelante, y reitera que ha de cumplirse el auto de la Audiencia Provincial de 22 de noviembre de 2001, que ordena dejar sin efecto el acogimiento y que la madre recupere la custodia de la menor. Los guardadores interponen recurso de amparo, alegando, entre otras razones, la violación del derecho de la menor a ser oída en el proceso. El TC estima el recurso, argumentando que la menor, cuando se dictó el auto impugnado (octubre de 2002) tenía casi diez años, por lo que gozaba ya de suficiente juicio. Y por eso la Audiencia Provincial debía haber atendido la petición de audiencia que se le formuló.

La argumentación del TC es, también en este caso, discutible. En el caso de autos queda acreditado que se solicitó a la AP la audiencia de la menor. Como el art. 9 LOPJM hace depender esa audiencia de la suficiencia de juicio de la menor, el problema que hay que resolver es si, en este caso, la menor tenía juicio suficiente. La Audiencia Provincial consideró que era irrelevante oír a la menor, y por eso desestimó la petición de audiencia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que sí posee suficiente juicio, por lo que debía ser escuchada. Y como no fue escuchada, se viola su derecho a ser oída, lo que provoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En mi opinión, esta argumentación no es acertada. Pues 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. En definitiva, el TC no puede entrar a analizar si la menor tenía o no juicio suficiente. Ahora bien, existe otra vía para impugnar ante el TC la vulneración del art. 9 LOPJM. La resolución de la Audiencia, que niega la audiencia del menor, debía haber sido motivada (art. 9.3 LOPJM), y esa falta de motivación sí puede constituir una vulneración del art. 24.1 CE.

C. Por último, la STC 152/2005 (RTC 2005, 152) 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 mis-

mo órgano jurisdiccional de 29 de julio de 2003, debió o no dar audiencia a uno de los hijos del matrimonio (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 no fue solicitada por nadie), que concluyó con sentencia de 29 de julio de 2003, que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia, en el único extremo de atribuir la guarda y custodia de los menores a la madre. 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. El Ministerio Fiscal sí solicitó expresamente que se le diera audiencia a la menor. 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 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 2º). 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 si la actuación de la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho de la menor a ser oída. En relación con la primera sentencia de la Audiencia, de 29 de julio de 2003, no hay nada que reprochar al juzgador. En el momento de dictarse la sentencia el menor Alberto tenía la edad de nueve años y siete meses, por lo que, según el viejo art. 92.II CC, su audiencia dependía de su suficiencia de juicio. Como en opinión de la Audiencia el menor no tiene juicio suficiente, no hay que darle audiencia; y como la audiencia no ha sido solicitada, el juzgador no tiene que dictar una resolución justificando la falta de audiencia. La situación es parcialmente distinta cuando la Audiencia Provincial dicta la segunda sentencia, el 25 de febrero de 2004, que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones. Pues ahora sí se ha pedido expresamente al juzgador que el menor sea oído. La audiencia dependerá, también aquí, de la suficiencia de juicio del menor. La Audiencia se limita a decir que “no existe obligación alguna de oír al menor”, rechazando así la petición de audiencia. Ciertamente es que la apreciación de si el menor tiene o no juicio suficiente corresponde en exclusiva al juzgador, y que semejante decisión no puede ser revisada por el Tribunal

Constitucional. Pero también lo es que, si hay petición de audiencia, el juzgador que deniegue la audiencia deberá hacerlo motivadamente. Y la sentencia de 25 de febrero de 2004 no contiene motivación alguna, lo que sí supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, susceptible de recurso de amparo.

Como puede advertirse, las tres sentencias citadas del Tribunal Constitucional concluyen que se ha producido una vulneración del derecho del menor a ser oído en un proceso judicial que le afecta, y que ello provoca la violación del derecho del menor a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Mi opinión, como ya se ha indicado, es que en ninguno de los tres casos resueltos por estas sentencias se ha vulnerado el derecho de audiencia del menor. En los dos primeros casos (SSTC 221/2002 y 71/2004) se trata de procesos no matrimoniales, por lo que la audiencia del menor debe regirse por lo previsto en el art. 9 LOPJM. De modo que, si no hay solicitud de audiencia del menor, el menor no tiene que ser oído (como sucede en la STC 221/2002); y si hay petición de que el menor sea oído, el derecho de audiencia se supedita a que, en opinión del juzgador, el menor tenga juicio suficiente (si no lo tiene, no habrá que oírlo, que es como acertadamente actúa el juzgador en la STC 71/2004). Un caso similar a este último es el resuelto por la STC 152/2005, que técnicamente no trae causa de un proceso matrimonial (donde sería aplicable el art. 92.II CC, antes de la reforma), sino de un proceso de nulidad de actuaciones. Ahora bien, una cosa es que, en opinión del juzgador, el menor no tenga juicio suficiente, y por ello no haya obligación de oírlo en ese proceso judicial, y otra que, mediando petición de audiencia (como sucede en las STC 71/2004 y 152/2005) no esté el juzgador obligado a dictar resolución en la que se motive la denegación de esa audiencia (por carecer de juicio suficiente). En esta última situación no hay vulneración del derecho de audiencia, pero sí violación del derecho a una resolución motivada, que constituye un supuesto de violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

2. El Ministerio Fiscal debe intervenir en el trámite de audiencia del menor: la STC 17/2006, de 30 de enero

La STC 17/2006, de 30 de enero (RTC 2006, 17) se aborda uno de los aspectos del derecho de audiencia del menor, en particular, el relativo al modo en que ha de llevarse a cabo. En concreto, examina en qué casos la audiencia puede producirse “de forma reservada”, y si en tales casos es necesaria o no la intervención del Ministerio Fiscal.

La sentencia tiene su origen en la demanda de divorcio presentada por Juan Carlos contra su esposa Judith, en la que solicita también la custodia de sus dos hijas menores. El demandante solicitó asimismo la exploración de sus hijas menores, que se celebró oportunamente ante el juez, sin asistencia de las partes ni de sus procuradores y abogados, ni del Ministerio Fiscal. Concluido el período de pruebas, se celebró la vista, en la que el demandante interesó que se diera traslado del acta que documentó la exploración a las hijas, pero el juez no accedió a esta petición, "por estricto respeto a la intimidad y confidencialidad de las menores". El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 10 de Tarragona dicta sentencia, el 20 de octubre de 2000, en la que declara la separación, y acuerda atribuir la guarda y custodia de las dos hijas menores a la madre.

El padre interpone recurso de apelación, solicitando que se atribuya a él la custodia de las menores. Solicita además la práctica de una nueva exploración de las dos niñas. La AP Tarragona, por auto de 12 de marzo de 2001, acuerda la exploración de las menores, y acuerda igualmente la exhibición a las partes del acta que en su día se levantó como consecuencia de las exploraciones practicadas ante el Juzgado de Primera Instancia. La exploración se practicó en la fecha señalada (21 de marzo de 2001). Por providencia de 22 de marzo de 2001, la Sala acordó poner de manifiesto las correspondientes actas a las partes. El 23 de marzo de 2001, el Fiscal dirigió escrito a la Sala, formulando protesta por haberse impedido y negado inmotivadamente la presencia e intervención de la representación del Ministerio Fiscal en la práctica de las exploraciones de las menores y solicitando que se declarase su nulidad en virtud del art. 238.3 LOPJ, así como que se efectuase un nuevo señalamiento para llevarlas a cabo con la efectiva intervención de dicho Ministerio. Alegaba el Fiscal que se había vulnerado "el derecho de audiencia legítimo que detalla el art. 229.2 LOPJ de esta parte a intervenir en la práctica de las exploraciones, produciéndose indubitada indefensión del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones. Funciones que, en las causas de separación, nulidad y divorcio, han sido desgrahadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 15 de diciembre de 1986 concretándose, en el presente caso, en la obligada presencia del Ministerio Fiscal en las exploraciones de los menores, cuidando que la exploración del menor no sea confundida con un interrogatorio testifical y sí sea vehículo idóneo para el ejercicio del derecho a ser oído que el art. 9 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, confiere al menor. Funciones que devienen de imposible cumplimiento si, como en el presente caso, se impide la presencia del Ministerio Fiscal en la exploración".

La Audiencia Provincial, por auto de 17 de abril de 2001, acordó no haber lugar a declarar la nulidad solicitada por el Fiscal, sin perjuicio de tener por formulada su protesta. El Fiscal interpuso recurso de reposición contra este auto. La Audiencia lo desestimó mediante el auto de 5 de junio de 2001, reiterando los argumentos expuestos en el auto recurrido. En la vista del recurso de apelación, celebrada el 13 de septiembre de 2001, el Ministerio Fiscal formuló protesta “por vulneración de derechos al amparo de los arts. 24 y 124 de la Constitución para un posible recurso posterior de amparo”, protesta de la que se dejó constancia en el acta. Poco después, el 27 de septiembre de 2001, la Audiencia Provincial dictó sentencia, estimando parcialmente el recurso de apelación, revocando en parte la Sentencia apelada y disponiendo que las menores quedaran en compañía y bajo la guardia y custodia del padre.

El 20 de noviembre de 2001 el Fiscal promovió incidente de nulidad de actuaciones, al amparo en el art. 240.3 LOPJ, contra la Sentencia dictada en apelación. Fundó su pretensión en la incongruencia omisiva en que a su juicio incurría la Sentencia “al no pronunciarse ésta sobre la protesta que formuló el Ministerio Fiscal en el acto de la vista de la vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 124 del mismo Texto Legal, invocación que es recogida en el antecedente de hecho 2º de la Sentencia, pero sobre la cual el Tribunal no ha dado la oportuna respuesta”. Por providencia de 19 de noviembre de 2001, notificada al Fiscal el 23 de noviembre de 2001, la Audiencia Provincial acordó no admitir a trámite el incidente de nulidad “en tanto la Sentencia dictada por esta Sala no se trata de una resolución que no sea susceptible de recurso, ex art. 240 LOPJ”. El 23 de noviembre de 2001 el Fiscal interpuso recurso de reposición contra la referida providencia, que fue desestimado por providencia de 26 de noviembre de 2001.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de amparo, en el que, en síntesis, sostiene que la negativa de la Audiencia Provincial a permitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores vulnera el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que alcanza al propio interés de las menores, que el Fiscal ha de defender. Por ello interesa que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el Fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal a intervenir en la exploración. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo, reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efec-

tiva sin indefensión (art. 24.1 CE) alegado por el Ministerio Fiscal en interés de las menores concernidas en el proceso, y declara la nulidad de los autos de 17 de abril de 2001 y 5 de junio del 2001. Señala, además, que aunque la consecuencia normal sería la retroacción de las actuaciones, a los efectos de la subsanación de la indefensión producida, en el caso de autos, toda vez que las dos menores afectadas en su momento por la exploración en el proceso matrimonial entablado entre sus padres ya son mayores de edad, carece de sentido retrotraer las actuaciones, como postula el Ministerio Fiscal, al momento de celebrarse la diligencia de exploración.

Conviene advertir que, ni ante la Audiencia Provincial, ni ante el Tribunal Constitucional, se discute la procedencia de la audiencia de las menores. Cuando el demandante interpone el recurso de apelación, a finales del año 2000, las hijas tienen 16 y 15 años, respectivamente (nacieron el 5 de octubre de 1984 y el 22 de agosto de 1985). Tienen más de doce años, y como se trata de un proceso matrimonial relativo a la guarda y custodia de los hijos, es aplicable el art. 92.II CC (antes de su reforma en el año 2005), en el que la audiencia tiene carácter imperativo. Como acertadamente señala el TC, "resulta irrelevante que la diligencia de exploración de las menores en segunda instancia fuese inicialmente solicitada por el padre de las menores, y no por el Ministerio Fiscal, quien se limitó a manifestar su conformidad a que se practicase dicha diligencia, pues es claro que, aun el caso de que nadie hubiera solicitado la exploración de las menores, al tratarse de un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de éstas, las cuales, por la edad que tenían en aquel momento, gozaban del juicio suficiente para deber ser oídas en el procedimiento (art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor), la Audiencia venía obligada a otorgar un trámite específico de audiencia a las menores antes de resolver el recurso de apelación, de conformidad con nuestra doctrina al respecto" (FJ 5º, párrafo sexto), citando a continuación las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ 5º) y 152/2005, de 6 de junio (FJ 3º).

Como antes apuntaba, la cuestión objeto de debate es si el Ministerio Fiscal tiene que intervenir en el trámite de audiencia del menor. La Audiencia Provincial, con la finalidad de respetar la intimidad de las dos hijas menores, decidió que la audiencia de las hijas se celebrara "de forma reservada", tal y como permite el art. 754 LEC. De este modo, las partes procesales no podrían asistir a este trámite. Justificaba esta posición en que, además, "su presencia supondría una falta de libertad nada deseable de las menores, a las que ya el mero hecho de comparecer en el Juzgado las aturde".

Para el Tribunal Constitucional, “tal razonamiento no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores, pues los arts. 138.2 y 754 LEC permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del menor, como señala el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LEC) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor)”. Por lo tanto, añade el Tribunal Constitucional “no basta..., como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores -como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001-, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias”.

Por todo ello, concluye el Tribunal Constitucional que se ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores (al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas) y que también se ha vulnerado el derecho a una resolución fundada en derecho.

La decisión del Tribunal Constitucional resulta acertada. La audiencia del menor es una diligencia que se lleva a cabo en beneficio del propio menor, para conocer su parecer en cuanto a las medidas que les puedan afectar. La audiencia puede, en efecto, realizarse en forma reservada, para no coartar la libertad de los menores a la hora de manifestar su parecer. Pero ello no supone la exclusión de la parte que por disposición legal asume la función de defender los intereses del menor, que es el Ministerio Fiscal, cuya posición es diferente de la de los pro-

genitores, que sí pueden condicionar la libertad de los menores a la hora de expresar su parecer. El posterior traslado del acta de exploración de los menores al Fiscal no evita la indefensión material, dado que no es lo mismo conocer el resultado de una exploración que poder intervenir en su práctica.

3. No es necesaria la audiencia del menor en el proceso de ejecución provisional de una sentencia que atribuye la guarda y custodia del menor a uno de los progenitores: la STC 22/2008, de 31 de enero

La STC 22/2008, de 31 de enero (RTC 2008, 22) versa sobre la existencia del derecho del menor a ser oído en el proceso de ejecución provisional de una sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, atribuye la guarda y custodia de la hija del matrimonio al padre. Los hechos son los siguientes. Montserrat R. M., madre de una menor, interpuso demanda de adopción de medidas paterno filiales contra don José Manuel E. B, solicitando entre ellas, a los efectos que ahora interesan, que se le atribuyese la guarda y custodia de la hija común de menor edad, llamada Paola, nacida el 3 de marzo de 2000. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Utrera por auto de 21 de febrero de 2005, por el que se adoptaron medidas provisionales, primero, y, después, por sentencia de 14 de marzo de 2005 estimatoria de la demanda, acordó que la hija común del matrimonio quedase bajo la guarda y custodia de la madre, sin perjuicio de la patria potestad compartida de ambos progenitores, reconociendo al padre el derecho de visitar y estar en compañía de su hija menor durante el tiempo que la sentencia establecía.

El padre de la menor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia, que fue estimado por sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de noviembre de 2005. La sentencia atribuye ahora la guarda y custodia de la hija al padre, concediendo a la madre un derecho de visita. Ante esta situación, la mujer interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de apelación. La Sala Primera del Tribunal Supremo, por providencia de 3 de abril de 2006, formó el correspondiente rollo para sustanciar ambos recursos y tuvo por personada a la demandante de amparo.

Después, el padre de la menor solicitó la ejecución provisional de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005, interesando, en consecuencia, se procediese a cumplir el nuevo

régimen de guarda y custodia con la correspondiente entrega de su hija, disponiendo lo necesario para el cumplimiento del régimen de visitas de la madre. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Utrera, por auto de 7 de marzo de 2006, acordó la ejecución provisional de la sentencia. La madre de la menor formuló oposición a la ejecución provisional de la Sentencia, mediante escrito de 22 de marzo de 2006, invocando la causa prevista en el art. 528.2.2 LEC, a cuyo tenor “La oposición a la ejecución provisional únicamente podrá fundarse en las siguientes causas: ... 2ª. Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada”. Mediante escrito presentado el 29 de junio de 2006, la madre de la menor solicitó que se recabase dictamen detallado y minucioso del equipo psicossocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla “sobre la situación de la menor ... y su entorno social así como sobre su estado psicológico, incluyendo los efectos sobre la menor del cambio de su guardia y custodia, y el régimen de visitas acordado, en este momento, y qué perjuicio pudiera ello depararle a la menor, informe que el citado equipo deberá emitir previo examen de las personas que componen el entorno familiar de la menor, es decir tanto el del padre, como el de la madre, así como de la propia menor”.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Utrera, por Auto de 24 de julio de 2006 desestimó la oposición formulada y declaró procedente que la ejecución provisional siguiese adelante. El auto establece que “a la vista del escrito de oposición presentado se colige claramente que lo que dicha parte alega como causa de oposición no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, pretendiendo por esta vía que se proceda a la revisión de la decisión adoptada en la alzada entrando a valorar pruebas cuya valoración ya efectuó en su día la Audiencia, y en base a las cuales resolvió, sin duda alguna, en beneficio e interés de la menor. Razón por la cual lo pretendido por la parte ejecutada a través de este incidente resulta jurídicamente inviable.

La demandante de amparo formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el anterior Auto, que fue inadmitido a trámite por providencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Utrera, de 10 de octubre de 2006.

La madre de la menor interpone recurso de amparo frente el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Utrera de 24 de

julio de 2006 que desestimó su oposición a la ejecución provisional de la sentencia de la AP Sevilla de 10 de noviembre de 2005, que había atribuido la guarda y custodia de la menor al padre. Alega la vulneración de tres derechos fundamentales: los derechos a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE); el derecho de la menor a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), al no haber sido oída por el órgano judicial; y el derecho a la integridad física y moral de la menor (art. 15 CE).

Es la vulneración del segundo derecho lo que ahora nos interesa. La recurrente en amparo justifica esta vulneración en el hecho de que la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre adopción de medidas, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación, ni a lo largo de los autos de ejecución provisional de la sentencia de apelación. Tras recordar que la exploración de los menores es un derecho de éstos recogido en el art. 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, se reproducen en la demanda de amparo el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y el art. 92.2 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, para concluir invocando la doctrina de las SSTC 221/2002, de 23 de noviembre (FJ 5), y 152/2005, de 6 de junio (FJ 3), a favor de la pretensión actora.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del recurso de amparo, con un triple argumento. Por una parte, estima que el art. 92.2 CC condiciona la audiencia del menor a la "suficiencia de juicio" y a que el Juez "lo estime necesario", lo que apunta a la posibilidad de que no se les escuche en determinados supuestos en función de cada caso en concreto. En el caso de autos, la menor contaba con cinco o seis años en el momento del proceso de ejecución, por lo que es dudoso que pudiera ser considerada como persona con el suficiente criterio para ser oída. Por otra parte, parece que los jueces no han considerado necesaria la exploración de la menor, no sólo por su edad, sino porque consta como prueba documental un informe psicológico que podía suplir la exploración judicial. Por último, entiende que la jurisprudencia constitucional invocada en la demanda de amparo no es aplicable a este caso, pues son sentencias anteriores a la reforma del CC, se refieren a menores de mayor edad (9 años) y contemplan supuestos distintos al ahora enjuiciado.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo. El Fundamento Jurídico Séptimo es el que se ocupa de la supuesta vulneración del derecho del menor a ser oído. Comienza su argumentación afirmando que “el derecho del niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12), pasando después a reproducir el contenido literal de los arts. 91 y 9.2.2 LOPPM, y 92.2 y 92.6 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005. Como el propio Tribunal señala, “no se trata de un derecho absoluto e incondicionado”. En efecto, no todo menor tiene el derecho a ser oído, sino que este derecho sólo corresponde, como señala la sentencia, al niño “que está en condiciones de formarse un juicio propio”, esto es, que tiene la madurez suficiente para poder formarse una opinión propia.

Antes de adentrarse en la resolución de la concreta controversia que se le plantea, el alto tribunal afirma que “este Tribunal, en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ 5), 71/2004, de 19 de abril (FJ 7), y 152/2005, de 6 de junio (FFJJ 3 y 4), ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en cada supuesto concernidos por no haber sido oídos u explorados por el órgano judicial en la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia” (FJ 7^a, párrafo tercero). Además de utilizar como sinónimos los términos “audiencia” y “exploración”, cuando en realidad no lo son, se afirma algo que no es cierto: que las tres sentencias citadas tienen por objeto la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia. Como ya se ha expuesto antes⁶, en las SSTC 221/2002 y 71/2004, la resolución recurrida en amparo es un auto que declara el cese del acogimiento de un menor, mientras que en la STC 152/2005 lo que se impugna es la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve un incidente de nulidad de actuaciones, denegándolo.

En el caso de autos, el Tribunal Constitucional estima que no cabe aplicar la doctrina sentada en las sentencias citadas, por el objeto de la resolución judicial impugnada. En efecto, la falta de audiencia de la menor se plantea con ocasión de la tramitación de los autos de ejecución provisional de una sentencia que atribuye la custodia de la menor al padre. “Pues bien, el proceso de ejecución provisional de la Senten-

⁶ Epígrafe III.1 de este trabajo.

cia dictada en apelación por la Audiencia Provincial no tenía por objeto propiamente dicho la adopción de decisiones sobre la esfera personal, familiar o social de la menor, ámbito respecto al que está legalmente previsto el trámite de audiencia que se aduce por la actora, en particular, en este caso sobre las medidas de su guarda y custodia, que constituyeron el objeto del procedimiento principal de adopción de medidas paterno filiales y fueron tomadas tras la correspondiente tramitación por la Audiencia Provincial, sino la ejecución provisional de las medidas ya adoptadas en este procedimiento principal. Más concretamente, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, el objeto del proceso de ejecución provisional versó sobre la concurrencia o no de la causa de oposición a la ejecución provisional alegada por la recurrente en amparo, esto es, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución provisional se había acordado, no sobre las medidas a adoptar respecto a la guarda, custodia y régimen de visitas de la menor. La falta de audiencia o exploración de la menor en el momento de la adopción de las medidas provisionales o en cualesquiera de las fases del procedimiento de adopción de medidas paterno filiales, determinante, de acuerdo con la doctrina de las ya citadas SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 71/2004, de 19 de abril, y 152/2005, de 6 de junio, de una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, no puede proyectarse sin más con idéntica trascendencia constitucional, en razón del distinto objeto de unos y otros procesos, a los autos que tienen por objeto, no la adopción de aquellas medidas, sino su ejecución provisional y la determinación de si existe causa legal en que pueda fundarse la oposición a dicha ejecución, máxime cuando, como acontece en este caso, la demanda de amparo se presenta huérfana de toda argumentación sobre la posible incidencia que la audiencia o exploración de la menor pudiera haber tenido en la apreciación por el órgano judicial de la concurrencia de la causa legal invocada por la recurrente en amparo para oponerse a la ejecución provisional (FJ 7º, párrafo quinto).

Comparto la solución del Tribunal Constitucional, aunque quizás podría haberse afinado más en la argumentación o haber utilizado otros argumentos adicionales. Según el TC, no se ha vulnerado el derecho de la menor a ser oída. Y ello porque el proceso de ejecución provisional de una sentencia que modifica la guarda y custodia de la menor, atribuyéndosela al padre, no es propiamente un proceso de adopción de decisiones que afecten a la esfera personal, familiar o social del menor, sino que versa exclusivamente sobre la concurrencia o no de la

causa de oposición a la ejecución provisional. En definitiva, viene a decir que la audiencia, que sí procede en los procesos de adopción de medidas paterno filiales, no cabe en cambio en los procesos de ejecución de esas medidas. Sin embargo, más adelante modula este criterio, cuando afirma que la demanda de amparo no argumenta sobre la posible incidencia que la audiencia del menor podría haber tenido en la apreciación de la concurrencia de la causa de oposición a la ejecución provisional. Lo que parece indicar que no cabe excluir, siempre y en todo caso, la audiencia del menor en la proceso de ejecución provisional, sino que en el caso de autos tal exclusión está justificada.

Creo que un adecuado tratamiento de esta materia obliga a distinguir en función de la normativa aplicable. Así, en primer lugar, hay que plantearse si procede la aplicación de los arts. 92.6 CC, 770.4ª y 777.5 LEC. En mi opinión, no puede acudirse a ninguno de estos preceptos. Pues el proceso de ejecución provisional de una sentencia no queda sometido a las reglas de los arts. 770 y 777 LEC, que regulan los procesos declarativos matrimoniales contenciosos y de mutuo acuerdo, respectivamente. Tampoco entra en juego el art. 92.6 CC, en la redacción dada tras la Ley 15/2005, ya que regula la audiencia del menor en un proceso judicial “antes de acordar el régimen de guarda y custodia”, lo que no acontece en un proceso de ejecución provisional. Repárese, además, en que el art. 776 LEC, que regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, no contempla la audiencia del menor en ningún caso.

Desechada la aplicación de los preceptos citados, hay que preguntarse ahora si podría acudirse al art. 9 LOPJM para fundamentar el derecho de la menor a ser oída. Como se sabe, el art. 9.1 LOPJM concede al menor el derecho a ser oído 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. Habría que analizar si concurren los presupuestos recogidos en el citado precepto. Así, es claro que se trata de un proceso judicial (de ejecución provisional de una sentencia). Más dudas se plantean en relación con la “implicación directa” del menor en ese proceso. En el mismo se dirime si oposición a la ejecución provisional de la sentencia alegada por la madre de la menor, “por resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado..., si aquella sentencia fuese revocada” (art. 528.2.2ª LEC). Evidentemente, el éxito o fracaso de la oposición a la ejecución provisional va a afectar a la menor, pero es dudoso que sea ella la “directa-

mente implicada" en ese proceso; parece más bien que lo es la propia madre (que es la "ejecutada"). Esta es la argumentación que sigue también la sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta. En el proceso se dirime la concurrencia o no de la causa de oposición a la ejecución provisional, y no se discute, por tanto, sobre la adopción o no de alguna medida respecto a la guarda, custodia y régimen de visitas de la menor. Y para determinar si concurre o no la causa de oposición a la ejecución alegada, la opinión de la menor es irrelevante, pues no guarda ninguna relación con la resolución de la controversia jurídica. Por eso no tiene sentido escucharla.

En cualquier caso, e incluso admitiendo que concurren los presupuestos del art. 9.1 LOPJM, en mi opinión es evidente que la menor carece de "suficiente juicio" para ser oída en ese proceso de ejecución. Por eso no tiene el derecho de audiencia. Repárese en que la menor tenía seis años recién cumplidos cuando se tramita el proceso que concluye con el auto que es recurrido en amparo. En efecto, la niña nació el 3 de marzo del 2000, el escrito de oposición a la ejecución provisional es de 22 de marzo de 2006, y el auto que desestima la oposición a la ejecución es de 24 de julio de 2006. Parece claro que una menor de seis años no puede tener una opinión propia. Y mucho menos cuando su opinión ha de expresarse en un proceso en el que se dirime la oposición a la ejecución provisional, donde, como ya se ha indicado, su opinión es intrascendente para la resolución de la controversia.

Queda una última cuestión que merece ser abordada. Me refiero a la posible aplicación del art. 9.3 LOPJM, que exige que, si media solicitud de audiencia del menor, la denegación de la misma será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al solicitante de la audiencia. En el caso de autos consta que la madre de la menor, después de haber formulado oposición a la ejecución provisional el 22 de marzo de 2006, solicitó, mediante escrito de 29 de junio de 2006, que el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla emitiera un dictamen, detallado y minucioso, sobre la situación de la menor, informe que debería emitir previo examen del padre, de la madre, y del propio menor [según informa la STC, en su Antecedente 3º, k)]. La formulación es confusa, pues no se distingue claramente la situación del menor como objeto de la exploración, de su posición como sujeto titular del derecho de audiencia. Pero si se interpreta que la madre está solicitando que la menor sea oída, para que así pueda expresar su opinión, será de aplicación el art. 9.3 LOPJM, con la consecuencia de que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Utrera, en una resolución judicial in-dependencia o en el propio auto que desestima la oposición a la ejecu-

ción provisional, debería haber resuelto expresamente sobre la denegación de la audiencia, y además de manera motivada. Cosa que no sucede en el caso de autos.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 92.6 CC EN LA STC 163/2009, DE 29 DE JUNIO

1. *Los hechos*

Recientemente se ha dictado la STC 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 163), que se refiere de nuevo al derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales que le afecten.

Los hechos son los siguientes. El padre de un menor interpone una demanda de modificación de medidas, que es tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Valladolid. En la demanda se solicita que, aun cuando se mantenga el régimen de guarda y custodia a favor de la madre, se modifique el régimen de visitas del padre con el menor, restableciéndose paulatinamente. La madre se opone, y subsidiariamente solicita un régimen de visitas más restrictivo. Seguido el juicio por sus trámites, se recabó informe del equipo psicosocial del Juzgado, que lo emitió oportunamente. Los peritos ratificaron el contenido del informe en la comparecencia ante el Juez, que tuvo lugar el 22 de noviembre de 2006. En el informe se señala que «el menor no muestra signos de rechazo hacia la figura paterna» y recomendaba «la integración de la figura paterna en su universo emocional», aunque «de forma progresiva dada la ausencia de comunicación entre ambos desde hace tiempo». En consecuencia se mostraba partidario de un régimen restrictivo de visitas del padre (visitas cada quince días, con una duración no superior a dos horas, y a realizar en el punto de encuentro familiar Aprome). En sus comparecencias respectivas los padres insistieron en sus pretensiones iniciales. La madre solicitó la audiencia del menor, quien por su parte no solicitó ser oído. La prueba de la audiencia del menor fue denegada porque éste ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del Juzgado el 12 de julio de 2006.

El Juzgado dictó sentencia el 24 de noviembre de 2006 estimando la demanda y acordando las visitas del padre al menor los domingos alternos de 11 a 13 horas en la sede de Aprome de Valladolid, con seguimiento trimestral por el equipo psicosocial.

La madre interpuso recurso de apelación, mediante el que pretendía la nulidad de la Sentencia de primera instancia y la interrupción del

régimen de visitas. El recurso solicitaba asimismo que la Audiencia Provincial de Valladolid acordara la audiencia del menor. Tanto el padre del menor como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó auto el 19 de junio de 2007 denegando la práctica de la audiencia al menor, puesto que éste ya había sido oído por el equipo psicosocial del Juzgado. La Sala entendió que la oposición del menor al régimen de visitas quedó acreditada, de modo que la referida audiencia resultaba intrascendente. La madre interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por auto de 10 de octubre de 2007.

La Audiencia Provincial dicta sentencia el 26 de noviembre de 2007, en la que desestima el recurso de apelación y confirma la de instancia.

Ante esta situación, la madre interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, contra las dos sentencias (la de primera instancia de 24 de noviembre de 2006, y la de apelación de 26 de noviembre de 2007). Alega que se han vulnerado el derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor. Estas vulneraciones se han producido por la falta de audiencia al menor de edad, quien tenía suficiente juicio (12 años en el momento de presentar la demanda de amparo), por desconocimiento del carácter judicial de la audiencia del menor establecido legalmente y de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (con cita de las SSTC 221/2002, 152/2005 y 17/2006). Mediante otrosí se solicita la suspensión cautelar de las Sentencias recurridas en amparo en lo atinente al régimen de visitas con su hijo concedido en las resoluciones recurridas al padre biológico.

2. La decisión del Tribunal Constitucional

Antes de analizar cuál es la decisión del Tribunal Constitucional, es necesario poner de manifiesto la opinión de las partes en conflicto en relación al derecho de audiencia del menor.

La madre recurrente en amparo sostiene que el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos es obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que sea solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resulta, en su opinión, de la aplicación sistematizada e integrada de los arts. 9 LOPJM, 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y 92.6 y 159 del Código Civil. Acto seguido, la demanda reproduce varios extractos de las SSTC 221/2002,

152/2005 y 17/2006, que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En definitiva, la recurrente alega que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pues contaba alrededor de once años cuando se dictaron las sentencias de primera instancia y de apelación. Y añade que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor de su padre biológico acordado por el Juez. Esta circunstancia genera en el menor serios daños y padecimientos psicológicos y lesiona su integridad moral (art. 15 CE) y su dignidad (art. 10 CE).

Por su parte, el padre solicita la denegación del amparo. En su opinión, las resoluciones judiciales recurridas están debidamente motivadas y expresan las razones por las que se considera de superior interés del menor el contacto con su padre, habiéndose cumplido con las exigencias de la ley vigente en cuanto al derecho de audiencia del menor. No se ha producido, por consiguiente, la alegada vulneración del art. 24.1 CE.

En cuanto al Ministerio Fiscal, interesa también la desestimación del recurso. El Ministerio Fiscal alega que la Ley 15/2005, de reforma del Código Civil, ha modificado el art. 9 LOPJM, a través de la nueva redacción del art. 90 CC. Y conforme a este precepto, la audiencia personal al menor por el juez está sujeta, por una parte, a la aptitud mental del menor y, por otra, a que se estime necesaria de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Por otra parte la ley permite al juez proceder a la audiencia al menor por persona o institución interpuesta aunque deberá justificarse caso por caso. El Ministerio Fiscal concluye que así se hizo en el presente asunto, en el que el menor tiene suficiente juicio y en el que su oposición a la comunicación con el padre ha quedado fuera de toda duda.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo. En los Fundamentos Jurídicos 4º y 5º de la sentencia se exponen las razones.

Según el Fundamento Jurídico 4º, “como señala el Ministerio Fiscal, en 2005 se produjo una reforma legislativa que modifica el régimen jurídico al que se refiere la demanda. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: «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, va-

lorar 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».

Esta disposición se complementa con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho «por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio» y que «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».

Las resoluciones judiciales que han dado origen a la presente demanda de amparo fueron dictadas con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que ésta es la normativa que debían aplicar los órganos judiciales”.

El Fundamento Jurídico 5º establece que “la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. S. P. [la madre] responde a la alegación de indefensión generada por la falta de audiencia del menor. La Audiencia señala que, siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y sí desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicossocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

Esta argumentación –expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición– es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio me-

nor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

3. *Valoración y crítica: la adecuación de la solución a la legalidad vigente*

Cabe discutir si la solución a la que llega el Tribunal Constitucional es la correcta. Hay que partir de un hecho cierto, que también es admitido por el propio Tribunal: la solución al caso debe tomar en cuenta las reformas operadas en el año 2005, pues las dos sentencias impugnadas se dictan cuando ya ha entrado en vigor la Ley 15/2005; que es una Ley ordinaria, y no una Ley Orgánica, como equivocadamente establece la sentencia que se comenta (en su FJ 4º).

La sentencia 163/2009 merece varios comentarios, que paso a exponer.

1. *La inaplicación del art. 92.6 CC.* El argumento central de la sentencia del TC es que el art. 92.6 CC dispone que la audiencia del menor se llevará a cabo cuando se estime necesaria, y que en el caso de autos no es necesaria, por ser ya conocida por el órgano judicial cuál es la opinión del menor en relación a la cuestión litigiosa (régimen de visitas con su padre). Resulta, sin embargo, que el citado art. 92.6 CC no es de aplicación al caso de autos. En efecto, el art. 92.6 CC impone al juez el deber de oír a los menores que tenga suficiente juicio cuando se estime necesario “antes de acordar el régimen de guarda y custodia”. En el caso que nos ocupa, el proceso de modificación de medidas no tiene por objeto el cambio de régimen de la guarda y custodia del menor. De hecho, la custodia la tenía la madre, y lo que solicita judicialmente el padre, mediante el proceso de modificación de medidas, es la alteración del régimen de visita. Por ello, el art. 92.6 CC no entra en juego.

2. *La aplicación de los arts. 770.4º LEC y 9 LOPJM.* Como es sabido, el proceso judicial de modificación de medidas definitivas se rige por el art. 775 LEC, que en cuanto a su tramitación, se remite a los arts. 770 y 777 LEC, en función de que el proceso sea contencioso o amistoso, respectivamente. En el caso de autos, se trata de un proceso contencioso de modificación de medidas, pues la demandada (la madre) no está de acuerdo con la solicitud planteada por el padre demandante. Por ello, el proceso de modificación de medidas se rige por los trámites del art.

770 LEC, y en lo que ahora nos concierne, por el art. 770.4ª LEC, en lo relativo a la audiencia del menor. Y conforme a este precepto, en el procedimiento judicial a los hijos menores “se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años”. Como ya se ha indicado, según este precepto la audiencia es imperativa si el menor tiene más de doce años, mientras que si no alcanza esa edad se aplica el criterio de la suficiencia de juicio, en opinión del juzgador.

Al caso que nos ocupa también es de aplicación el art. 9 LOPJM, que concede al menor el derecho a ser oído, siempre que tenga juicio suficiente.

3. *La edad del menor y la suficiencia de juicio.* Una vez aclarada cuál es la normativa que rige el derecho de audiencia del menor, es manifiesto que el derecho del menor a ser oído dependerá de su edad y de su suficiencia de juicio. En cuanto a la edad, cuando se dicta la sentencia de primera instancia (24 de noviembre de 2006) el menor tenía once años y dos meses (nació el 18 de septiembre de 1995). Y en relación con la apelación, cuando la Audiencia Provincial dicta el auto que deniega la práctica de la audiencia (el 19 de junio de 2007) el menor tiene once años y 9 meses, si bien es cierto que cuando se dicta sentencia (26 de noviembre de 2007) ya ha cumplido los doce años. En mi opinión, tampoco ante la Audiencia Provincial la audiencia es imperativa, pues el menor tiene menos de doce años. La fecha relevante a estos efectos no es la de interposición del recurso de apelación, sino aquélla en la que el juzgador ha de resolver sobre la práctica de la audiencia. Y en el caso de autos, cuando la Audiencia resuelve sobre ese asunto (el 19 de junio de 2007) el menor todavía no ha alcanzado los doce años.

Ahora bien, creo que en ambos casos (procedimientos de primera instancia y de apelación), y especialmente en el segundo de ellos, el menor tenía “suficiente juicio”. Aunque esta decisión debe ser tomada por el juez, en función de las circunstancias personales del sujeto, parece que no hay argumentos suficientes para negar su suficiencia de juicio, dada su edad (muy próxima ya a los doce años). En consecuencia, tal y como exige el art. 770.4ª.II LEC, la Audiencia Provincial tenía que haber oído al menor, para que éste, de ese modo, hubiera podido hacer uso de su derecho a ser oído.

4. *¿Puede sustituirse la audiencia del menor por las manifestaciones de éste ante el Equipo Técnico Judicial?* La STC 163/2009 sanciona que ni en primera instancia ni en apelación era necesario oír al menor, pues “el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del

menor respecto a tal régimen [de visitas] y sí desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen” en el procedimiento judicial de primera instancia. En definitiva, como ya se conoce la opinión del menor, por las manifestaciones hechas ante el equipo psicosocial, no hay que oírlo. Esta argumentación no es adecuada. Cuando el menor tiene derecho a ser oído (y en el caso de autos lo tiene, por ser de aplicación el art. 770.4^a LEC y tener juicio suficiente), tendrá que ser oído personalmente o a través de la persona que éste designe para expresar su opinión (un *nunciatus*), como indica el art. 9.2.I LOPJM. Es cierto que la ley permite que en ciertos casos su opinión pueda ser conocida a través de otros. En concreto, cuando no sea posible oírlo personalmente o esa audiencia personal no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión a través de sus representantes personales (siempre que no tengan intereses contrapuestos con los del menor) o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente (art. 9.2.II LOPJM). En el caso de autos, no está acreditado (nadie lo ha alegado y probado) que el menor no pueda prestar audiencia personal o que eso vaya contra su interés. Por eso tenía que haber manifestado su opinión personalmente. El hecho de que el menor ya haya sido “valorado” por el equipo técnico judicial no impide su posterior audiencia ante el órgano judicial. Adviértase que en el trámite de “exploración” del menor por el equipo técnico judicial el menor es un “objeto”, que es examinado y valorado por los especialistas, aunque para ello, evidentemente, tengan que preguntarle y conocer su opinión. Ahora bien, el derecho de audiencia es otra cosa. En este caso el menor no es objeto de examen o exploración, sino es un sujeto que expresa su opinión sobre la cuestión litigiosa. Este diferente tratamiento del menor es el que justifica también que en el primer caso no sea necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, mientras que en el segundo sí (como establece la STC 17/2006, de 30 de enero), pues se trata de salvaguardar que el menor pueda expresar libremente su opinión, sin interferencias ajenas, en el ejercicio de su derecho a ser oído.

5. *No cabe excluir la audiencia con el argumento de que ésta no es “necesaria”.* Como la opinión del menor ya es conocida –dice el Tribunal Constitucional–, la audiencia del menor no es necesaria. Es razonable la adopción de esta posición. En efecto, si el fin de la audiencia es que la Sala tenga conocimiento, real y efectivo, de la opinión del menor sobre la cuestión litigiosa, la audiencia carece de sentido cuando ya está cons-

tatada cuál es la opinión del menor sobre ese asunto. Ahora bien, una cosa es que este razonamiento sea adecuado, y otra que pueda acogerse conforme a la normativa vigente. Repárese en que hacer depender la audiencia del menor de que el juzgador la estime “necesaria” sólo se contempla en los arts. 92 CC y 777.5 LEC (que no son aplicables al caso), pero no en los arts. 9 LOPJM y 770.4ª LEC, que son los preceptos que hay que aquí entran en juego. En conclusión, el hecho de que la opinión del menor ya sea conocida por el órgano judicial no excluye a éste de la obligación de dar trámite de audiencia al menor, para que éste pueda ejercitar su derecho a ser oído. La solución sería distinta si, en el caso de autos, fuera de aplicación el art. 770.4ª LEC conforme a la redacción que ha recibido en la Ley 13/2009, que equiparándose al texto de los arts. 92.6 CC y 770.7 LEC, hace depender la audiencia del menor de que el órgano judicial la considere necesaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. (1997), “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *Act. Civ.*, 1997-1, pág. 26
- LINACERO DE LA FUENTE, M. A. (2001), *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, pag. 141.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2005), “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, págs. 165 y ss.
- SÁNCHEZ PRIETO, A. (1988), “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, pág. 961.

