

**DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN
DE EMPRESAS Y DERECHO**

2021-2022

**LA INDICENCIA DE LA
VOLUNTAD DEL MENOR EN
LOS PROCESOS DE CRISIS
FAMILIARES**

Autora: Leire Prada González
Director: Rafael Cardenal Carro

Bilbao, a 14 de febrero de 2022



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MF	Ministerio Fiscal
OG	Observación General
SAP	Síndrome de Alienación Parental
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. LA AUDIENCIA DEL MENOR: CONCEPTO Y NATURALEZA	2
2.1. Concepto	2
2.2. Naturaleza	4
3. RÉGIMEN NORMATIVO DE LA AUDIENCIA DEL MENOR	6
3.1. En cualquier procedimiento que afecte al menor.....	6
3.2. En los procedimientos de crisis familiares contenciosos.....	8
3.2.1. La audiencia del menor tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. La polémica doctrinal	9
3.2.2. Régimen normativo actual.....	11
3.3. El criterio de la suficiente madurez del menor como presupuesto legal necesario para la práctica de la audiencia	13
4. DENEGACIÓN DE LA AUDIENCIA	15
4.1. Denegación de la audiencia por falta de la suficiente madurez del menor de doce años	15
4.2. Denegación de la audiencia en protección del interés superior del menor	16
4.2.1. Polémica doctrinal sobre la posibilidad de denegación de la audiencia en protección de su interés superior.....	17
4.2.2. Doctrina del TS sobre la denegación de la audiencia del menor en protección de su interés superior.....	18
5. PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA	21
5.1. Modo de realizar la audiencia	21
5.2. Forma	23
5.3. Personas que pueden intervenir:	24
5.4. La documentación de la audiencia.....	25
6. INCIDENCIA DE LA OPINIÓN DEL MENOR EN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL	26
6.1. Criterio general	27
6.1.1. La opinión del menor debe tenerse en cuenta en la resolución judicial	27

6.1.2. Importancia de la edad y madurez del menor	27
6.2. Presupuestos judiciales para la valoración de la opinión del menor.....	35
6.2.1. Opinión libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida.....	36
6.2.2. Opinión atendible porque no está inspirada en criterios de comodidad ni bienestar a corto plazo.....	43
6.2.3. Opinión del menor es atendida porque se observa, a través de otros criterios, que es lo mejor para su interés superior.....	45
7. CONCLUSIONES	50
8. BIBLIOGRAFÍA	53
9. ANEXO. JURISPRUDENCIA	56

1. INTRODUCCIÓN

El derecho del menor a ser oído y escuchado, que se ejerce a través de la audiencia, es uno de los principales criterios a tener en cuenta para la correcta valoración de su interés superior. Sin embargo, desde su adopción internacional y nacional, ha sufrido continuas reformas legislativas, interpretaciones doctrinales y una evolución jurisprudencial que ha derivado en una inseguridad jurídica en la práctica judicial.

En este trabajo se tratará la audiencia del menor en los procedimientos de crisis familiares contenciosos, debido a su importancia práctica por la gran cantidad de rupturas de pareja en la que se ven afectados los hijos menores de edad, lo que supone, en gran parte de los casos, la necesidad de proceder a la exploración del menor para conocer sus deseos y voluntades. Esto provoca que, en muchas ocasiones, los menores se conviertan en objeto del conflicto y los progenitores los utilicen para conseguir sus propias pretensiones. Para ello se ha procedido al análisis de la legislación correspondiente, así como a un exhaustivo estudio de la doctrina de diversos autores y de la Jurisprudencia más reciente, considerando con especial atención la evolución que la audiencia del menor ha sufrido a lo largo de los años.

En la primera parte (apartados 2 a 5) se aborda la audiencia del menor desde la instauración en la CDN del derecho del menor a expresar su opinión (1989), hasta la actualidad, tras la última reforma legislativa producida por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Se hará especial hincapié en el carácter preceptivo de la audiencia del menor como principal problema en la discusión doctrinal e inseguridad en la práctica jurídica, así como en la evolución normativa tanto internacional como nacional. Igualmente se tratará la protección del interés superior del menor en la propia realización de la audiencia a través de los medios de los que disponen los Juzgados.

En la segunda parte (apartado 6) de este trabajo se trata la incidencia de la opinión del menor en la resolución judicial, teniendo en cuenta que la valoración de la exploración es libre y se realiza en base a la sana crítica del juzgador. Por ello se procede al análisis de diversas Sentencias para poder conocer cómo incide la opinión del menor en la resolución judicial en la práctica y si es posible que la misma tenga carácter vinculante. Así, el lector podrá conocer los criterios que siguen los Jueces y Tribunales para determinar el alcance de los deseos y voluntades del menor en la solución jurídica del conflicto.

2. LA AUDIENCIA DEL MENOR: CONCEPTO Y NATURALEZA

2.1. Concepto

La audiencia del menor es el acto donde el Juez examina al menor para conocer sus opiniones y deseos, con el objetivo de que se cumpla su derecho a ser oído y escuchado y poder resolver así sobre una cuestión que le afecta¹. Así, el objeto de la audiencia es “*que el menor exprese su opinión, su sentir sobre los temas que le afecten y sean objeto del proceso judicial*”².

Es la Convención de los Derechos del Niño, la que establece por primera vez el derecho del menor a ser oído y escuchado, a través del reconocimiento del derecho de los menores a expresar libremente su opinión y que ésta sea tomada en cuenta (art. 12 CDN). La Convención dispone una concepción de los menores como sujetos de derecho que tienen, por lo tanto, un papel activo en la participación de los asuntos que les afecten. Así, el niño “*pasa a ser contemplado como un individuo con opiniones propias*” que tendrán que ser tenidas en cuenta en función de su capacidad y madurez en el ejercicio de su derecho a ser oídos y escuchados³.

El derecho del menor a ser oído y escuchado se integra, además, como uno de los criterios generales dirigidos a facilitar la determinación del interés superior del menor⁴ en cada caso concreto, puesto que el art. 2.2 LOPJM, a partir de la reforma producida por la Ley 8/2015, de 22 de julio, establece que “*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios*

¹RODA y RODA, DIONISIO. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Thomson reuters, 2014, p. 203-204

²ZAERA NAVARRETE, JUAN I. «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS NÚM. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013).» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 805.

³BECERRIL, SOLEDAD. «Estudio del Defensor del Pueblo sobre La escucha y el interés superior del menor.» *Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Madrid: MIC, mayo de 2014, p.13

⁴Art. 2 LOPJM “Interés superior del menor 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”

generales(...) b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior⁵.”

Así se expresa también en la doctrina del TS a través de la STS 18/2018⁶, de 15 de enero, al disponer que “*la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección*”.

Esto muestra la gran vinculación que se produce entre el interés superior del menor y su audiencia, determinando que esta es “*uno de los exponentes principales del principio fundamental del interés del menor⁷*” pues es a través de dicha exploración como se podrá conocer la opinión y la voluntad del menor en cualquier procedimiento y, por ende, determinar su interés superior de forma directa. Así, como indica el párrafo 43 de la OG N° 14⁸, “*La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan*” por lo que ambos son complementarios.

Por ello, el derecho del menor a ser oído y escuchado es considerado como parte esencial en el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores⁹ y, por lo tanto, como una manifestación de un derecho fundamental¹⁰. Esto supone que la denegación de la audiencia del menor, cuando tenga carácter preceptivo y sin motivación suficiente, vulneraría el art. 24.1 CE de la tutela judicial efectiva¹¹.

⁵SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. «El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos.» *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 2018-II, nº 38 (diciembre 2018), p.4

⁶ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero. ROJ: 41/2018

⁷RODA y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, op.cit.*, p. 202

⁸ Observación General N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 99/2019, de 28 de julio. BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016, Fundamento Jurídico 5º “el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE”.

¹⁰ BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES. «El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.» *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* 17, 2019, p.18

¹¹Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia 64/2019, de 9 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad 3442-2018 “El derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida

2.2. Naturaleza

Sobre la naturaleza de la audiencia del menor se ha discutido si la misma es un medio de prueba¹² que debería integrarse dentro del reconocimiento judicial del art. 299.1.5 LEC¹³ (y teniendo en cuenta que se trataría de un reconocimiento judicial de personas especial y con mayores garantías¹⁴) o un derecho del menor¹⁵, por lo que en la doctrina hay posturas enfrentadas¹⁶.

La naturaleza de la audiencia del menor es de gran trascendencia en el proceso puesto que dependiendo de su consideración tendrá un tratamiento procesal u otro. Así, en el caso de que fuera considerado como un medio de prueba estaría sometido a los principios generales de publicidad y contradicción, algo excluido expresamente por la legislación pues la audiencia debe realizarse “*sin interferencia de otras personas*” (art. 770.1.4º LEC) y “*cuidando de preservar su intimidad*” (art. 9.1 LOPJM). Además, no existe contradicción puesto que la propia audiencia se realiza como una conversación entre el juzgador y el MF y el propio menor sin la intervención de las partes¹⁷.

Por otro lado, en caso de ser considerada como un medio de prueba sería instrumental en el proceso pues estaría dirigido a probar un hecho controvertido (art. 281 LEC) algo que

en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)”

¹² RODA y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, op.cit., p. 207 y 208, menciona como partidarios de esta doctrina a CORDÓN MORENO (2011), CASTILLEJO MANZANARES (2007), ARANGUENA FANEGO (2008), SÁENZ DIEZ DE ULZURRUM ESCORRIAGA (2003) y LÓPEZ MUÑI GOÑI (2000).

¹³ Reconocido como medio de prueba en el art. 299.1. 5º de la LEC y desarrollado en los artículos 353-359 LEC. Art. 353.1 “El reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.”

¹⁴ ZAERA NAVARRETE, J.I., “«La audiencia al menor” op. cit. p.799

¹⁵ BECERRIL, S. «Estudio del Defensor del Pueblo sobre La escucha y el interés superior del menor» op.cit, p. 17, establece que “este documento parte de la consideración de que la exploración no constituye un medio de prueba”. RODA y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, op.cit., p.207 menciona como partidarios de esta doctrina a CASTILLEJO MANZANARES (2007), GUILARTE MARTÍN-CALERO (2009), ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002) y GARCÍA PASTOR (1997).

¹⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO. *Medios de prueba. Los procesos de familia: una visión judicial*. COLEX, Madrid, 2009.

¹⁷ ABEL LUCH, XAVIER. «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia.» *En Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, de J. Pico y Junoy, editado por J.M. Bosch, 303-344. 2018, p. 311

ya negó el TS en la STS 18/2018, de 15 de enero (citada posteriormente en diversas ocasiones como doctrina del TS¹⁸) que dispone, con respecto de la audiencia del menor, que *“tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba”* por lo que *“El motivo debe prosperar porque la Sentencia recurrida confunde la exploración del menor con un simple medio de prueba, de forma que motiva su inadmisión como si fuese esto último y no como lo que verdaderamente es, según se ha expuesto¹⁹”*.

Por último, se debe tener en cuenta que los medios de prueba están al servicio de las partes (art. 282 LEC), pero para los poderes públicos, la audiencia del menor se configura como una obligación (cuando tiene carácter preceptivo), en tanto que, en caso de no ser pedida por ninguno de los legitimados a ello, se deberá apreciar de oficio²⁰ y su inobservancia cuando es preceptiva supone la nulidad del procedimiento y la retrotracción de las actuaciones (art. 238.3º LOPJ)²¹. En el mismo sentido se ha pronunciado NÚÑEZ ZORRILLA al señalar que *“La audiencia al menor en todos los procedimientos que le afecten, sin limitación alguna por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, parece convertirse ahora en una clara obligación para el Juez en*

¹⁸ATS 15238/2021, de 17 de noviembre, STS 577/2021, de 27 de julio, ATS 10642/2021, de 27 de julio o ATS 8254/2021, de 16 de junio

¹⁹Puesto que la Sentencia (de la Audiencia Provincial de Cádiz) recurrida motivaba la desestimación del recurso interpuesto en que el Juzgado de Primera Instancia había motivado la denegación de la audiencia del menor correctamente puesto que hechos que se querían probar no eran controvertidos *“- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, que conoció del recurso de apelación, dictó Sentencia el 18 de enero de 2017 por la que, con desestimación de aquél, confirmó la Sentencia de primera instancia, con la siguiente motivación (...) (i) Debe rechazarse en primer lugar la cuestión planteada acerca de la posible indefensión al haberse denegado medios de prueba pertinentes, pues dicha cuestión, pretensión probatoria, ya fue resuelta por esta Sala denegando las pruebas referidas, y ello, como se indicaba en el auto pues «el objeto de toda prueba es acreditar hechos en los cuales las partes estén en desacuerdo, pero no en cuanto a hechos admitido”*.

²⁰ Art. 92.6 LOPJM *“6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor,”* Y Sentencia del Tribunal Supremo 413/2014, de 20 de octubre (ROJ: STS 4233/2014) *“sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el Juez de oficio.”*

²¹ Art. 238.3º Ley Orgánica del Poder Judicial *“Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes. 3º) Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”*.

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

*cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social*²²”.

Por todo, se puede concluir estableciendo que la audiencia del menor se configura como un derecho. Así está siendo recogido, de hecho, por las reformas legislativas más recientes, que hacen una referencia explícita al derecho del menor a ser oído y escuchado (art 9.1 LOPJM)²³. Todo ello teniendo en cuenta que, a pesar de que se configura legalmente como un derecho, “*tiene una trascendencia probatoria indiscutible*” en tanto que la audiencia del menor sirve para poder obtener información sobre el objeto del procedimiento²⁴.

3. RÉGIMEN NORMATIVO DE LA AUDIENCIA DEL MENOR

3.1. En cualquier procedimiento que afecte al menor

La audiencia del menor es la forma que tienen los menores de ejercer su derecho a ser oídos y escuchados en un proceso. Así, dicho derecho se establece internacionalmente en el artículo 12 CDN (1989) que dispone que “1. *Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*”

Por otra parte, la Carta Europea de Derechos Fundamentales (1992) dispone en su art. 24.1 que los menores “*Podrán expresar su opinión libremente*” y el art. 6 del Convenio Europeo sobre los derechos de los menores (1996) establece que “*En los procedimientos*

²² NÚÑEZ ZORRILLA, CARMEN. «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.» *Persona y derecho* 73 (2016), p.134

²³ ABEL LUCH, X. «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia», *op. cit.*, p.311

²⁴ ABEL LUCH, XAVIER. *La prueba de reconocimiento judicial*. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 2012.

que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá:

b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente: (...) consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño; – permitir al niño expresar su opinión; c. tener en cuenta la opinión expresada por el niño²⁵”.

Así las cosas, los Poderes Públicos se encuentran obligados a integrar estos derechos del niño establecidos internacionalmente en el ordenamiento jurídico español en atención al art. 39 CE y en especial a su apartado 4 “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”²⁶.”

El derecho del menor a ser oído se concretó por el legislador español en el artículo 9 de la LOPJM (1996) en el que se introdujo el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que se decidiese sobre algún aspecto que afectase a su esfera personal, familiar o social. Posteriormente se desarrolló dicho precepto por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (redacción actual), estableciendo el derecho del menor a ser oído y “*escuchado*” en aras de completar la regulación española con lo establecido en la OG N°12 pues, la Convención, al hacer referencia a la “*escucha*” establece un concepto más amplio que el establecido en la legislación española, dado que la “*escucha*” supone que su opinión debe ser tenida en cuenta “*en función de su edad y madurez*” y, en caso de apartarse la resolución de lo manifestado por el menor, deben justificarse y motivarse las razones²⁷.

Igualmente se establece en el art. 9.1 LOPJM que la audiencia tendrá “*carácter preferente*” y se realizará “*de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en*

²⁵ABEL LUCH, X. «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia.» *op. cit.* p. 304-205

²⁶DE LA IGLESIA MONJE, MARIA ISABEL. «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 759 (2017), p. 346

²⁷BERRECIL, S. “Estudio del Defensor del Pueblo...” *op. cit.*, p.14

formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.”

Por su parte, el segundo apartado de dicho precepto establece los presupuestos para el reconocimiento del derecho a la audiencia. Así, en la redacción de 1996 se hacía referencia al “*suficiente juicio*” como criterio necesario para poder ejercer el menor dicho derecho. Actualmente tras la reforma mencionada, se sustituye dicho término por el de “*suficiente madurez*”²⁸, atendiendo al caso concreto y dictaminando que el menor se considerará maduro “*cuando tenga doce años cumplidos*”. Igualmente establece el modo en que se garantizará que el menor pueda ejercer ese derecho (indicando la posibilidad de que se ejercite por el propio menor o por un representante, la posibilidad de estar asistido por intérpretes o a través de formas verbales o no verbales de comunicación).

Por último, el tercer apartado de dicho art. 9.1 LOPJM dispone que, en caso de denegación de la audiencia, la resolución deberá estar motivada en el interés superior del menor y ser comunicada al MF. Además, establece que en la resolución sobre el fondo “*habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración*”²⁹.

3.2. En los procedimientos de crisis familiares contenciosos

La audiencia del menor en los procesos de crisis familiares contenciosos se encuentra regulada en el art. 92 CC (perteneciente al Título IV, Capítulo IX sobre “los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”), 154, 156.3 y 159 del CC (pertenecientes al Título VII, Capítulo I sobre “relaciones paterno-filiales”) y al art. 770.4ª LEC (perteneciente al Capítulo IV sobre “procesos matrimoniales y de menores” del Título I de la LEC).

²⁸ Como se establece en la exposición de motivos de la Ley 8/2015, de 22 de julio “Se sustituye el término juicio por el de madurez (...) por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense (...) y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño.”

²⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J señala que este artículo no especifica el contenido de la audiencia, es decir, qué es lo que debe oír el Juez del menor, así, en su opinión la audiencia debe comprender sólo “cuestiones pertinentes” que sean “útiles” y que guarden relación con el asunto que pretende resolverse, en «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.» Derecho privado y Constitución, 2009, p. 253

Antes de centrar el estudio en el actual régimen normativo, conviene hacer alusión a la polémica doctrinal provocada por la reforma del art. 770.4º producida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y cuya interpretación por el TS es importante a efectos de entender el régimen actual.

3.2.1. La audiencia del menor tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. La polémica doctrinal

En la reforma del art. 770.4º de la LEC³⁰ producida por la Ley 13/2009, de 3 noviembre, (vigente hasta la reforma producida por la Ley 8/2021, de 2 de junio), se establecía que *“Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario (...) se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.”*

Por su parte, en la redacción del artículo 92.6 CC de 2005 (misma redacción que en la actualidad tras la reforma del CC producida por la LO 8/2021, de 4 de junio) la imperatividad de la audiencia se hace depender del suficiente juicio de los menores y de la estimación necesaria sin distinción entre las edades de los menores³¹.

Por ello, la redacción del art. 770.4º tras la reforma de 2009 fue objeto de varias interpretaciones por los autores, pues se introdujo el criterio de la *“estimación necesaria”* tal y como estaba dispuesto en el Código Civil, pero, se mantenía la audiencia *“en todo caso, a los mayores de doce años”*³² haciendo así una distinción entre los mayores y los menores de doce años.

³⁰ La redacción anterior, del art. 770.4º LEC del año 2005 disponía que *“Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años.”*

³¹ Art. 92.6 CC *“6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”*.

³² MARÍN LÓPEZ, M.J. manifiesta que del nuevo art. 770.4º se podían defender varias interpretaciones debido al mantenimiento de la coletilla final *“en todo caso, a los mayores de doce años”*: 1) audiencia imperativa de los mayores de doce años y deberá estimarse necesaria cuando sea menor de dicha edad y tenga juicio suficiente, 2) independientemente de la edad la audiencia se producirá cuando el menor tenga juicio suficiente y, además, se considere necesaria y 3) la audiencia se producirá cuando el Juez

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

Se consideraba, por lo tanto, que existía una “aparente contradicción³³” entre el art. 92.6 del CC y el art. 770.4º LEC. Fue el Tribunal Supremo el que concretó la obligatoriedad de la audiencia a través de la Sentencia núm. 413/2014, de 20 de octubre³⁴ disponiendo que “*La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia*”. Así, se entiende que la audiencia es preceptiva tanto para los menores de doce años que tengan juicio suficiente, como para los mayores de doce años.

Posteriormente se produjo la reforma del art. 9 LOPJM producida por la LO 8/2015, de 22 de julio, en la que se desarrolló el derecho de la audiencia del menor de forma más detallada³⁵. Dicha reforma establece el mismo criterio que el Tribunal Supremo en la Sentencia 413/2014, de 20 de octubre al disponer, en el segundo apartado del art. 9 LOPJM (redacción actual), que “*Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho (...). Se considerará, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos*”. Es decir, que según el nuevo artículo 9 LOPJM tras la reforma de 2015, y cuya redacción sigue vigente en la actualidad, no se produce una diferencia entre el carácter facultativo de la audiencia de los menores de doce años y el carácter preceptivo respecto de los mayores de dicha edad, pues también será obligatoria la audiencia de los menores de doce años cuando tengan suficiente madurez, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta en función de su madurez y de su edad³⁶.

estime que el menor tiene juicio suficiente (siempre lo tendrá cuando sea mayor de doce años) y, además, la considere necesaria. En “La audiencia del menor en...” *op.cit.*, p.260

³³ En mi opinión, no se produce una contradicción, pues la interpretación del artículo 770.4º LEC es compatible con el art. 92.6 CC si bien más detallada y concreta.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia núm. 413/2014 de 20 de octubre. ROJ: STS 4233/2014

³⁵ *Relaciones Paterno-filiales*. Colección Derecho de Familia. Madrid: Francis Lefebvre, 2016, p.117

³⁶ ZAERA NAVARRETE, J.I., “«La audiencia al menor” *op. cit.* 804

3.2.2. Régimen normativo actual

El artículo 92.2 del CC³⁷ (en su redacción dada por de la Ley 15/2005, de 8 de junio³⁸) establece que el Juez debe velar por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído cuando *“deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores”* y además dispone que *“emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”³⁹*. Por otro lado, el apartado 6 del mismo artículo señala que *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, 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”*.

Por su parte, los artículos 156.III del CC sobre el ejercicio de la patria potestad (redacción a partir de 1981⁴⁰) y 159 CC sobre la guarda y custodia en el caso de los padres que viven separados (redacción a partir de 1990⁴¹), establecen la obligación de la autoridad judicial de dar audiencia a los mayores de 12 años en todo caso, siendo obligatoria la audiencia de los menores de dicha edad cuando tengan juicio suficiente antes de tomar alguna medida.

Finalmente, los artículos 770.4º LEC y 154 CC que se modificaron recientemente tras la reforma producida por la Ley 8/2021, de 4 de junio y concretan la polémica doctrinal comentada en el apartado anterior. Así, el art. 770.4º LEC establece que *“Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos*

³⁷Art. 92.2 del Código Civil perteneciente al Capítulo IX sobre los “efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”.

³⁸La última modificación del Código Civil es producida por la LO 8/2021, de 4 de junio, pero la redacción de los apartados que se citan no se modifica.

³⁹El Juez deberá adoptar medidas para con los hijos en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio regulador presentado por los mismos (art. 91 CC).

⁴⁰ Reforma producida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (vigente en la actualidad) que establece: *““En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores”*.

⁴¹ Reforma producida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre (vigente en la actualidad), establece *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. 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.”*

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad". Por su parte, el art. 154 CC establece, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales y sobre la patria potestad que *"Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo"*.

Por lo tanto, a partir de esta última modificación de 2021 se puede concluir que sigue vigente el criterio que mantuvo el TS en la Sentencia 413/2014, de 20 de octubre y que fue posteriormente dispuesto por el legislador en el art. 9 LOPJM (reforma de 2015) por el que 1) la audiencia de los menores de doce años será imperativa cuando el menor tenga suficiente madurez y 2) la audiencia de los mayores de doce años tiene carácter preceptivo puesto que se entiende que, una vez cumplidos los doce años, los menores ya tienen suficiente madurez.

Sin embargo, se observa que el legislador al realizar las reformas legislativas no ha modificado el art. 92.6 del CC que sigue haciendo depender en la actualidad la imperatividad de la audiencia del "suficiente juicio"⁴² y de su "estimación necesaria", sin realizar ninguna distinción entre los menores y los mayores de doce años, como sí lo hacen los arts. 156.III y 159 del CC y 770.4º LEC (y al contrario que el art. 154 CC que dispone que los menores con suficiente madurez deberán ser oídos "siempre"), lo que podría seguir suscitando dudas en el carácter preceptivo de la audiencia en la actualidad y que debe resolverse, en opinión de GONZÁLEZ DEL POZO, teniendo en cuenta que la ley posterior deroga la anterior, por lo que prevalecerá el criterio del art. 9 LOPJM, 770.4º LEC y 154 CC sobre el art. 92.6 CC⁴³.

⁴² Tampoco ha adaptado el criterio del "suficiente juicio" al de "suficiente madurez" establecido en la LOPJM a partir de la reforma de 2015 para adaptarlo al lenguaje jurídico forense y a los textos internacionales.

⁴³ GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO. «Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021.» *Revista de Derecho de Familia*, noviembre 2021. Dispone que "En primer lugar, el legislador no ha llevado a cabo la adaptación al texto de este nuevo precepto del resto de normas del CC y de la LEC referidas a la audiencia del menor (...) Existe, por tanto, una clara discordancia entre los preceptos legales reguladores de la audiencia del menor (...) Y esa contradicción ha de resolverse entendiendo que la Ley Orgánica 8/2021, en cuanto ley posterior y, además, orgánica, produce una derogación tácita".

3.3. El criterio de la suficiente madurez del menor como presupuesto legal necesario para la práctica de la audiencia

Una vez establecido que la audiencia del menor tiene carácter preceptivo cuando este tiene suficiente madurez, considerando que siempre va a tener suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos, se debe concretar a qué se refiere el legislador con el concepto “suficiente madurez”.

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 9.2 LOPJM a partir de la modificación producida en 2015 dispone que ”2. *Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, (...) La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*” Por lo tanto, 1) se deberá garantizar el derecho a ser oído y escuchado cuando el menor tiene madurez suficiente 2) la madurez habrá de valorarse por personal especializado y 3) el menor tendrá siempre madurez suficiente cuando tenga doce años cumplidos.

El establecimiento de un criterio objetivo como es la edad para poder ejercer el derecho (en este caso 12 años) no está recomendado por las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de la ONU. Sin embargo, nuestro derecho establece un “criterio mixto” pues se da la posibilidad a los niños menores de dicha edad de ejercerlo cuando tengan madurez suficiente⁴⁴. Así, nuestro derecho es “*especialmente respetuoso con estas Observaciones*” al dar la posibilidad al menor de doce años de ejercer su derecho a ser oído y escuchado en atención a su madurez y “*presumirla*” a partir del cumplimiento de una edad concreta (12 años)⁴⁵. Por ello, el establecimiento de una edad a partir de la cual se entiende que los menores son suficientemente maduros supone una garantía para el ejercicio del derecho del menor a ser oído y escuchado puesto que el juzgador no podrá denegar la audiencia del mayor de doce años por la falta de madurez suficiente (lo que no implica per se, que la voluntad del menor vincule al Juez en la resolución judicial⁴⁶).

⁴⁴ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “El derecho a ser escuchado” *op. cit.* p. 347

⁴⁵ BARBER CÁRCAMO, R. “El derecho del menor a ser oído” *op. cit.* p.13

⁴⁶CLAVIJO SUNTURA, J. HARRY. “En el plano jurídico es importante delimitar una edad determinada para que éste declare -en nuestro caso desde los doce años-, así se previene la posición discrecional y arbitraria

El criterio del “juicio” o “madurez” suficiente es un concepto jurídico indeterminado pues no se puede definir de forma precisa. Según la CDN es “*la capacidad de un niño para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente*” sin que sea necesario “*un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto*” (OG N°12; 20,21 y 52). Según la doctrina, se entiende que tiene juicio suficiente el menor que “*tiene una capacidad de entender y querer de forma razonada, que le permite expresar dicho querer de forma coherente*”⁴⁷. Es decir, el criterio se debe entender desde el desarrollo psíquico y mental en una realidad social donde sus manifestaciones concuerden con sus objetivos⁴⁸. Sin embargo, como es un criterio jurídico indeterminado, su determinación no es sencilla, ya que, la madurez suficiente no solo supone que el menor pueda expresar su opinión, sino que se deberá tener en cuenta la capacidad para comprender y evaluar el asunto en cada caso concreto⁴⁹.

Teniendo en cuenta esto, no siempre hay que realizar el análisis sobre si el menor tiene o no juicio suficiente cuando es menor de doce años, pues resulta obvio que los menores de muy corta edad (3 años, por ejemplo) no van a tenerlo; así, como indica la Jurisprudencia del TS, la valoración se realizará “*cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio*”⁵⁰.

Por ello, paradójicamente, para decidir si tiene o no madurez suficiente es necesario que previamente se le escuche, aunque no necesariamente la autoridad judicial, sino el equipo

que pueda asumir el Juez.” en «La participación del menor en la audiencia de exploración.» *Revista Boliviana de Derecho*, nº 25 (enero 2018), p.579. A sensu contrario, NÚÑEZ ZORRILLA, C. entiende que “no ha sido tan acertada a (su) parecer, la redacción que sigue este requisito, en la que se dispone que en todo caso debe considerarse que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos, pues el simple hecho de tener esa edad no garantiza en absoluto que el menor tenga la suficiente madurez para el asunto concreto a tratar” en “El interés superior del menor” *op. cit.* p. 159

⁴⁷MARÍN LÓPEZ, M.J. «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afectan.» *Derecho Privado y Constitución*, nº 19 (2005), p.200

⁴⁸GARCÍA MEDINA, J. *Crisis matrimoniales y derechos de los menores. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Madrid: Lex Nova, 2009, p. 238

⁴⁹ZAERA NAVARRETE “La audiencia al menor” *op.cit.*, p.806

⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 413/2014, de 20 de octubre. ROJ: STS 4233/2014. Fundamento Jurídico 5º.

especializado al que alude el art. 9 LOPJM. En sentido contrario, hay doctrina que defiende que debe ser el Juez el que mantenga esta primera conversación con el menor⁵¹.

4. DENEGACIÓN DE LA AUDIENCIA

Partiendo de la premisa de que la audiencia tiene carácter preceptivo cuando el menor tiene suficiente madurez y, en todo caso, cuando es mayor de 12 años, se deben mencionar dos casos en los que es posible la denegación de la audiencia del menor: en primer lugar, la falta de madurez suficiente del menor de doce años y, en segundo lugar (aunque con diferentes opiniones doctrinales) la posibilidad de denegación de la audiencia del menor cuando, a pesar de tener carácter preceptivo, su realización supondría un perjuicio del interés superior del menor.

4.1. Denegación de la audiencia por falta de la suficiente madurez del menor de doce años

En primer lugar, en lo que respecta a la denegación de la audiencia por la falta de madurez del menor de doce años (y como se ha dispuesto en el apartado anterior) el análisis de la suficiente madurez deberá realizarse por personal especializado y establecerse en la resolución final de forma motivada (art.9.3 LOPJM). En este sentido cabe mencionar a BARBER CÁRCAMO cuando manifiesta que *“Dado que la audiencia es precisamente ejercicio de un derecho, de intervención en la decisión que le atañe, ha de estarse por escuchar al menor, y sólo excepcionalmente, por lo contrario. Por ende, excluir la audiencia del menor por falta de madurez sólo tiene sentido en edades muy tempranas⁵²”*. Es decir, que a pesar de que el legislador ofrece esta posibilidad, la denegación de la audiencia del menor por falta de madurez deberá realizarse de forma restrictiva (sólo en edades muy cortas) pues la audiencia supone el ejercicio del derecho del menor a mostrar su voluntad y opinión y que sean tenidas en cuenta para el correcto establecimiento de su interés superior.

⁵¹ BARBER CÁRCAMO, R., “El derecho del menor a ser oído”, *op. cit.*, p.12

⁵² *Ibid*, p.14

4.2. Denegación de la audiencia en protección del interés superior del menor

Cabe plantearse si es posible la denegación de la audiencia cuando el menor tiene madurez suficiente o más de doce años (a pesar de su carácter preceptivo) en protección de su interés superior⁵³.

En este sentido, el artículo 9.3 LOPJM dispone que la denegación de la audiencia debe ser “*motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión*”. Esto también ha sido dispuesto Jurisprudencialmente como en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 413/2014, de 20 de octubre que dispone “*Para que el Juez o Tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada*» y núm. 577/2021, de 27 de julio⁵⁴ “(ii) *aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor (...) para que el tribunal pueda decidir no practicarla (...) será necesario que lo resuelva de forma motivada.*”

Así, el interés superior del menor al que hace referencia el art. 9.3 LOPJM, y que se pretende proteger a través de la denegación de la audiencia es, según la doctrina, no hacerle pasar al menor por una experiencia en sede Judicial que para él puede resultar traumática, estresante o suponerle un conflicto de lealtades (en la Jurisprudencia se alude a la “judicialización” del menor). Como apunta VARELA PORTERA, se pueden crear en el menor sentimientos de culpa⁵⁵. Otros autores hacen referencia a “*supuestos complejos*” como manipulación del menor por un progenitor, o trastornos psicológicos graves por lo que la audiencia del menor, como derecho del mismo, le estaría causando mayores perjuicios o incluso una “*victimización secundaria*”⁵⁶.

⁵³ ABEL LUCH, X. «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia.» *op. cit.* p. 323

⁵⁴ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 577/2021, de 27 de julio. ROJ: STS 3299/2021

⁵⁵ VARELA PORTERA, MARÍA JOSÉ. «Separación y divorcio.» *Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ)*, 2005

⁵⁶ ABEL LUCH, X. «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia.» *op. cit.* p. 314

4.2.1. Polémica doctrinal sobre la posibilidad de denegación de la audiencia en protección de su interés superior

La problemática sobre lo establecido en el art. 9.3 LOPJM de la posibilidad de denegación de la audiencia motivada en el interés superior del menor surge porque el resto de artículos que regulan la audiencia no mencionan esta posibilidad y, de hecho, de la redacción de alguno de ellos podría interpretarse que no es posible la denegación de la audiencia cuando tiene carácter preceptivo en ningún caso (así los artículos 770.4º LEC y 156.III y 159 del CC establecen que los mayores de doce años deberán ser oídos “en todo caso” y el art. 154 CC dispone que deberán ser oídos “siempre” cuando tengan suficiente madurez). Por ello tal y como apunta CLAVIJO SUNTURA “*se aprecia que en lugar de haberse esclarecido las controversias, existen más dudas sobre el tema*⁵⁷”.

Así las cosas, se pueden observar diferentes opiniones doctrinales sobre la posibilidad de la denegación de la audiencia del menor en protección de su interés superior.

En una primera postura doctrinal se observan varios autores que defienden que la audiencia del menor no tiene carácter absoluto, sino que podría negarse aún cuando tuviese carácter preceptivo, para proteger el interés superior del menor. En este sentido BARBER CÁRCAMO dispone que “*el derecho del menor no tiene carácter absoluto, sino que se somete a un doble test de conveniencia o necesidad, y de madurez. El primero corresponde al Juez, y permite eludir la audiencia en resolución motivada en el interés del menor. Así resulta del art. 9.3 LOPJM*” aunque disponiendo que esta facultad “*ha de ser excepcional y fundada en la garantía de los derechos del menor*⁵⁸”. En el mismo sentido ZAERA NAVARRETE manifiesta que tras la reforma del art. 9 LOPJM “*a pesar de ser un derecho del que goza habrá que tener en cuenta que ese derecho no es absoluto sino que puede ser denegada esa solicitud (...) cuando no sea posible o cuando la audiencia no convenga al interés del menor*⁵⁹” y, por último NUÑEZ ZORRILLA señala que “*en principio el menor deberá ser escuchado siempre, aunque sea muy pequeño, excepto cuando ello no sea posible o no convenga a su interés*⁶⁰”.

⁵⁷ CLAVIJO SUNTURA, J.H., “La participación del menor” *op.cit.*, p.575

⁵⁸ BARBER CÁRCAMO, R., “El derecho del menor a ser oído”, *op. cit.*, p.13

⁵⁹ ZAERA NAVARRETE “La audiencia al menor” *op.cit.*, p.803

⁶⁰ NUÑEZ ZORRILLA, C., *op.cit.*, p. 134

En sentido contrario, se encuentran los autores que defienden que la audiencia del menor, por su carácter preceptivo no puede ser denegada en protección de su interés superior. En este sentido se manifiesta DE LA IGLESIA MONJE que entiende que “*Se exige al Juez el deber de motivar sus resoluciones, especialmente la justificación de las razones explicativas por las que no se ha escuchado al menor – lo que solo podrá fundamentarse en la falta de juicio propio o en la renuncia del niño*”⁶¹ por lo que no prevé como causa de denegación de la audiencia la protección de su interés superior.

Por último, se puede apreciar una postura intermedia en la que los autores entienden que la audiencia del menor es facultativa para los menores de 12 años (en tanto que el art. 770.4º de la LEC establece la “estimación necesaria” para con los menores de doce años) pero es imperativa para los mayores de dicha edad. En este sentido ESPINOSA DE LOS MONTEROS dispone que “*en los procedimientos contenciosos, siempre que el menor haya alcanzado la edad de 12 años, están llamados a declarar*” por lo que en el procedimiento contenciosos “*los mayores de 12 años no tienen el derecho de ser oído. Más bien este derecho se ha transformado en una imposición*”⁶².

4.2.2. Doctrina del TS sobre la denegación de la audiencia del menor en protección de su interés superior

La Jurisprudencia del TS ha apreciado la denegación de la audiencia del menor en protección de su interés superior en la STS 578/2017, de 25 de octubre con la siguiente fundamentación “*La citada Sentencia de 20 de octubre de 2014*”⁶³ añade que «*para que el Juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.*» Así cabe colegir también de la *Sentencia TEDH, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2016, recurso 23.298/2007, por la que*

⁶¹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “El derecho a ser escuchado” *op. cit.* p. 349

⁶² ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida, aspectos jurídico-procesales*. Dykinson, 2018, p. 149. Se puede observar como entre los autores hay discrepancia en la posibilidad de renuncia de ese derecho por el mayor de doce años, DE LA IGLESIA MONJE manifiesta que sí puede renunciar el menor a dicho derecho, mientras que ESPINOSA DE LOS MONTEROS entiende que se ha convertido en una obligación para los mayores de doce años.

⁶³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 413/2017, de 20 de octubre.

estima que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño. Pero, añade, descendiendo al Derecho español, que en caso de divorcio contencioso, los hijos menores deben ser oídos por el Juez y en todo caso los menores de más de 12 años, debiendo motivarse en cualquier caso la denegación del trámite de audiencia”. Teniendo en cuenta la citada Jurisprudencia, la sala del TS desestima el recurso interpuesto por la falta de audiencia de una menor de 14 años (por lo tanto mayor de doce años) argumentando que “En el presente supuesto se ha de tener en cuenta que la exploración de la menor no es instada por ésta, sino que es una prueba propuesta por la madre, así como que su denegación, en ambas instancias, se encuentra suficientemente motivada y con argumentos protectores del interés de la menor, como consta en el resumen de antecedentes. De ahí que sostengamos la desestimación del motivo”. Teniendo en cuenta que en este caso la menor ya había sido explorada con anterioridad dos veces, por lo que ya era conocida su opinión.

Además, dicha Sentencia 578/2017, de 25 de octubre ha sido citada en numerosas ocasiones posteriores como doctrina del TS sobre la exploración de los menores, como en la STS 18/2018, de 15 de enero que dispone que “En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada, según la doctrina ya recogida. Es el supuesto que contempla la Sentencia 578/2017, de 25 de octubre⁶⁴”. Lo que complementan estableciendo que “Se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive, o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio (STC 163/2009, de 29 de junio)⁶⁵.”

⁶⁴ En el mismo sentido el ATS 13376/2018, de 12 de diciembre, el ATS 8254/2021, de 16 de junio, o la reciente Sentencia 577/2021, de 27 de julio que establece “Nosotros nos hemos ocupado de la "audiencia", "exploración" o "derecho a ser oído" del menor, entre otras, en las Sentencias (...) 578/2017, de 25 de octubre”.

⁶⁵ En el mismo sentido, ABEL LUCH, X. cita numerosas Sentencias: Sentencia de la AP Guadalajara, sec.1ª, de 28 de julio de 2017, fto. jco 2º (ROJ: SAP GU 176/2017); Sentencia de la AP Tarragona, sec. 1ª, de 15 de abril de 2016, fto. Jco. 3ª (ROJ: SAP T 434/2016); Sentencia de la AP Barcelona, sec. 12ª, de 6 de mayo

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

Por lo tanto, es doctrina del TS que sí se puede proceder a la denegación de la audiencia del menor en protección de su interés superior (incluso cuando es mayor de doce años), siendo necesario que se motive o que se considere más adecuado que se lleve a cabo la exploración por un experto, o estar a la ya llevada a cabo por este medio. Sin embargo, esta posible denegación se debe matizar en atención a lo dispuesto por dos Sentencias:

En primer lugar, la STS 157/2017, de 7 de marzo establece que no se puede proceder a la denegación de la audiencia en protección del interés superior del menor cuando la menor no ha sido oída, argumentando que *“el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés superior del menor, pues la menor nunca fue oída⁶⁶”*.

En segundo lugar, la STS 18/2018, de 15 de enero dispone que *“A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si ésta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables”*.

Es decir, que, dado que la audiencia del menor tiene como objeto conocer sus opiniones y voluntad para la correcta valoración de su interés superior, no se puede denegar la audiencia para la protección de dicho interés cuando no se conoce la opinión del menor o por entender, las Autoridades Judiciales, que no disponen de medios para realizar la audiencia adaptada a las necesidades del menor, pues como indica CLAVIJO SUNTURA *“las Autoridades Judiciales tienen que adecuarse a las circunstancias, sin que por ello esta limitación se convierta en pretexto para restringir la participación del menor en la*

de 2015, fto. Jco. 2ª (ROJ: SAP B 5029/2015) en *“La audiencia del menor” op.cit.*, p. 325 y BARBER CÁRCAMO, R. *“se ha pronunciado el TS, de Forma ininterrumpida y unánime, matizando además reiteradamente que no hay motivo de nulidad alguno si la negativa judicial a la práctica de la audiencia del menor se funda y argumenta sobre su interés, protección o falta de juicio suficiente. En la Jurisprudencia más reciente ha de mencionarse la STS 25 de octubre de 2017 (RJ 1676); la muy concienzuda, con numeroso aporte de jurisprudencia previa, STS 15 de enero de 2018 (RJ 28); y el ATS 12 de diciembre 2018 (RJ 5454), que con cita de la Sentencia anterior inadmite el recurso por falta de interés casacional.”* En *“El derecho del menor a ser oído” op.cit.*, p.17

⁶⁶ Igualmente cabe destacar que dicha Sentencia se integra dentro de la Guía de Criterios de Actuación Judicial en materia de Custodia Compartida (2020) por el Consejo General del Poder Judicial (p.146) como una *“carencia destacada”* de la práctica judicial por el bajo porcentaje de casos en los que da audiencia a los menores con suficiente juicio y como recordatorio de la obligatoriedad de la misma en atención a la legislación y a la jurisprudencia del TS

*audiencia*⁶⁷”. En el mismo sentido, DE LA IGLESIA MONJE dispone que “*Así, el concepto “ser oído...si tuviere suficiente juicio” (...) introdujo la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos cuyas limitaciones deben interpretarse de forma restrictiva y centrarse más en los procedimientos que se adecuarán a la edad del sujeto*⁶⁸”.

Por lo tanto, se puede concluir estableciendo que, si bien el Tribunal Supremo sí prevé la posibilidad de la denegación de la audiencia de los menores en protección de su interés superior (incluso de los menores de más de doce años) dicha denegación sólo se podrá realizar de forma muy restrictiva y cuando ya se conozca su opinión o se pueda conocer a través de otros medios (que se realice por el Equipo Técnico o estar a la ya llevada a cabo por este medio).

5. PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA

En lo que respecta a la práctica de la audiencia se va a realizar el análisis de cuatro aspectos. En primer lugar, el modo en que se realiza la audiencia pues ésta puede realizarse por el propio menor o a través de representantes. En segundo lugar, se analizará la forma en la que se produce la práctica de la audiencia. En tercer lugar, se observarán los sujetos que pueden intervenir y, por último, se hará referencia a la protección de la intimidad del menor en la documentación de la audiencia.

5.1. Modo de realizar la audiencia

En lo que respecta al modo de realizar la audiencia (cómo ejercita el menor su derecho a ser oído) se debe analizar el artículo 9.2 LOPJM diferenciando dos partes del mismo. En sus dos primeros apartados se dispone el modo de realizar la audiencia que tiene carácter preceptivo y no es contrario a su interés; por otro lado, en su tercer apartado se dispone el modo de realizar la audiencia en el resto de casos.

En los dos primeros apartados del art. 9.2 LOPJM se hace referencia a los menores cuya audiencia es imperativa por tener estos madurez suficiente o más de doce años. Se establece que “*Se garantizará que el menor cuando tenga suficiente madurez pueda*

⁶⁷ CLAVIJO SUNTURA, J.H., “La participación del menor” *op.cit.*, p.575

⁶⁸ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “El derecho a ser escuchado” *op. cit.* p. 347

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente (...) Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación”.

Es decir que, en principio, el menor que tiene suficiente madurez (o más de doce años) tiene que ejercer el derecho a ser oído por sí mismo, para lo que será posible la asistencia de intérpretes y que lo ejercite con formas verbales y no verbales de comunicación. Así lo dispone además la Exposición de Motivos de la LOPJM 1996 al manifestar que “*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.*” En el mismo sentido DE LA IGLESIA MONJE manifiesta que “*alcanzado el juicio suficiente, el menor puede ejercitar el derecho por sí mismo, sin intromisiones de sus representantes legales*”⁶⁹. Sin embargo, se le ofrece la posibilidad legal al menor de ejercer dicho derecho a través de un representante, considerando la doctrina, que el representante no es exactamente eso sino “un mero portavoz” (lo que se conoce como un “nuntius”), por lo que dicha persona tendría la única función de comunicar al Juez la opinión del menor⁷⁰. Esta posibilidad sería, en opinión de GARCÍA ALGUACIL, una facilidad para que menor pueda ejercer el derecho a ser oído⁷¹.

Por otro lado, en el tercer apartado del art. 9.2 LOPJM se dispone que “*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*” Es decir, este precepto hace referencia a aquellos casos en los que no sea posible su ejercicio de manera personal por no tener el menor suficiente madurez o no convenga a su interés, entonces podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente⁷².

⁶⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “El derecho a ser escuchado” *op. cit.* p. 350

⁷⁰ RODA y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, op.cit.*, p.232-233

⁷¹ *Id.*

⁷² NÚÑEZ ZORRILA, C., *op.cit.* p. 138

En este sentido, la doctrina entiende que los menores no están ejerciendo el derecho a ser oídos como tal, pues los “representantes” a los que alude el legislador (personas que por su profesión o su relación de confianza conocen aspectos relativos al menor y muestren sus conocimientos ante el Juez) realizan intervenciones de naturaleza técnica pero no están mostrando realmente la voluntad del menor⁷³.

5.2. Forma

En lo que respecta a la forma de proceder a la práctica de la audiencia en los procedimientos contenciosos, en la legislación española no se concreta de forma detallada, pero sí hay ciertos artículos de diversos textos legales que hacen referencia a la misma de forma genérica de los que se puede extraer que la audiencia debe ser en “*condiciones idóneas* (art. 770. 4º III LEC), “*de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo*” y “*cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formato accesible y adaptados a sus circunstancias*” (art. 9.1.II LOPJM) y “*en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario*” (art. 154 CC).

Sin embargo, por la falta de regulación concreta al respecto, en la práctica cada órgano judicial realiza la exploración del menor de la manera que cada uno considera más adecuada⁷⁴. Se establece que la información que se le proporciona al menor debe ser la necesaria (sólo lo relevante), de manera “accesible” y “adaptada a las circunstancias”, comunicándole las consecuencias de dicha opinión. Además, la mejor manera de proceder es la realización de preguntas abiertas que se refieran a sucesos o historias que el menor pueda expresar de forma espontánea a través de las cuales se pueda conocer cómo es su vida cotidiana y la relación con sus progenitores de forma indirecta. Por otra parte, el lenguaje debe ser el adecuado para la edad del menor en cada caso concreto, así como comprensible y el clima en el que se desarrolle la exploración debe inspirar confianza (la vestimenta de los presentes, el lugar o la sensibilidad en la conversación)⁷⁵.

⁷³ RODA y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, op.cit.*, p. 233, en referencia a ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA.

⁷⁴ BECERRIL, S., “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor”, *op.cit.*, p.17

⁷⁵ RODA y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, op.cit.*, p. 228

Así, son los equipos especialistas de los Juzgados y los Administradores de Justicia los que deben recurrir a su ingenio y creatividad para crear un ambiente adecuado en cada caso concreto a través de una valoración y un análisis individual⁷⁶, como por ejemplo a través de equipos audiovisuales o incluso la asistencia de perros entrenados para acompañar a los menores⁷⁷, teniendo en cuenta el caso concreto.

5.3. Personas que pueden intervenir:

En tercer lugar, en lo que respecta a la práctica de la audiencia, cabe destacar que personas pueden intervenir en dicho acto. Cómo establece el artículo 770.4ª III de la LEC se debe realizar “*sin interferencias de otras personas*”. Esto da lugar a entender que la exploración se debe realizar sin la presencia de las partes (los progenitores, sus abogados y procuradores) pues su presencia podría suponerle al menor un conflicto de lealtades y coartarle la libertad en el ejercicio de su derecho⁷⁸.

El Fiscal, por su parte, debe estar presente siempre en las actuaciones y puede intervenir en la propia exploración, ello en atención su propia función recogida en el art. 124 CE que establece que “*El Ministerio Fiscal (...) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público*”. Más concretamente, el artículo 3 de su Estatuto Orgánico (séptimo párrafo) establece, con respecto a los procesos civiles, que corresponde al Ministerio Fiscal “*intervenir (...) cuando puedan afectar a personas menores*” y el artículo 2.5.c de la LOPM, que se pronuncia sobre la intervención del mismo en el proceso de defensa de los intereses de los menores⁷⁹.

⁷⁶ CLAVIJO SUNTURA, J.H., “La participación del menor” *op.cit.*, p.575

⁷⁷ Información obtenida a través de diferentes periódicos digitales: LEFEBVRE, ELDERECHO.COM “Madrid pone en marcha un programa pionero de asistencia con perros a menores en los juzgados” (2014) Noticia de: <https://elderecho.com/madrid-pone-en-marcha-un-programa-pionero-de-asistencia-con-perros-a-menores-en-los-juzgados>; FERRERO, BERTA; EL PAÍS “Cuéntale al perro del juzgado lo que ha pasado en casa” (4 enero 2022) <https://elpais.com/espana/madrid/2022-01-04/cuentale-al-perro-del-juzgado-lo-que-ha-pasado-en-casa.html>; EL MUNDO “Perros adiestrados acompañarán a los menores madrileños en los juzgados”(2014) <https://www.elmundo.es/madrid/2014/07/18/53c97551ca474144348b4593.html>.

⁷⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba” *op.cit.*, p. 497

⁷⁹ En el recurso de amparo que da lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2006, de 30 de enero, el Ministerio Fiscal alega vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1. CE) teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial no le había permitido estar en la exploración de dos

También se permite la asistencia de algún miembro del equipo psicosocial en caso de ser necesario para la correcta exploración del menor y para preservar su interés, lo que según la LEC (art. 770.4º) será excepcional (“recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”). A sensu contrario, algunos autores indican que esto es “aconsejable”⁸⁰ y en el mismo sentido lo dispone el art. 18.4º.II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria al disponer que la audiencia se realizará (“*recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario*”).

5.4. La documentación de la audiencia

Por último, con respecto de la práctica de la audiencia, se debe mencionar que de la misma se extenderá “acta detallada” dando traslado de dicho acta a los interesados. Sobre este aspecto (la documentación de la audiencia) no existe regulación en la LOPJM ni en el CC ni en la LEC, por lo que se aplica lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 18.4º.III). Entendiendo que se debe realizar una “interpretación integradora” de las normas que regulan la audiencia del menor⁸¹.

En este sentido cabe destacar que, hasta la modificación producida por la Ley 8/2021, de 22 de julio, el art. 18.4º.III LJV se disponía que se debía “*extender acta detallada*” y siempre que fuera posible, sería “*grabada en soporte audiovisual*”. Dando traslado del acta a los interesados para que pudieran efectuar las alegaciones correspondientes.

Sobre este precepto se planteó una cuestión de inconstitucionalidad que fue resuelta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo. En dicha Sentencia se desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el precepto 18.4º.III de la LJV (en su redacción anterior) atendiendo a que existía un conflicto entre el derecho a la

menores en un proceso que afectaba a su espera personal y familiar (conveniencia sobre su guarda y custodia). Así, entre otras alegaciones, sostiene la Audiencia Provincial que por respeto a la intimidad de las menores era necesario realizar la exploración “de forma reservada, esto es, sin la asistencia de las partes, cuya presencia – no puede negarse- supondría además una falta de libertad deseable de las menores a las que ya el mero hecho de comparecer en el juzgado las aturde”, sin embargo (entiende el TC) dicha exclusión “no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración (...)”

⁸⁰ CLAVIJO SUNTURA, J.H., “La participación del menor” *op.cit.*, p.576 y ZAERA NAVARRETE “La audiencia al menor” *op.cit.*, p.807.

⁸¹ BARBER CÁRCAMO, R., “El derecho del menor a ser oído” *op.cit.*, p. 16

tutela judicial efectiva de los padres y el derecho a la intimidad del menor. El TC dictaminó que dicho precepto no era inconstitucional puesto que, ante el examen de proporcionalidad sobre las normas, se consideraba necesario para la protección al derecho a la tutela judicial efectiva el conocimiento por las partes interesadas de la audiencia (teniendo en cuenta que, además, no puede estar presentes en la propia audiencia). Así consideró el TC que el momento de preservar el derecho a la intimidad del menor no se sitúa en el “*traslado del acta*” sino en un momento anterior, en la propia práctica de la audiencia por lo que el Juez “*debe velar porque el menor circunscriba sus manifestaciones a las necesarias para averiguar los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración sólo verse sobre las cuestiones estrictamente relacionadas con el objeto del expediente*”.

Así las cosas, tras dicha Sentencia se ha procedido a la reforma (Ley 8/2021) del artículo 18.4ºIII de la LJV, por la que se ha procedido a la derogación la posibilidad de la grabación en soporte audiovisual y se ha incidido en la protección de la intimidad del menor estableciendo que en el acta se expresarán “*los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño (...) imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad*”.

6. INCIDENCIA DE LA OPINIÓN DEL MENOR EN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

En este apartado se procede a analizar cómo incide en la resolución judicial la voluntad y opinión manifestada por el menor en la audiencia.

Para entender la incidencia de la voluntad del menor en la resolución judicial debe tenerse en cuenta que su valoración se realiza en base a la sana crítica del juzgador y a la lógica y experiencias del mismo, ponderándose en función del interés superior del menor⁸². Asimismo, es importante destacar que el Juez, en la audiencia y a través de las preguntas al menor, no pretende conocer sólo cual es la voluntad y opinión del mismo (por ejemplo,

⁸²Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 705/2021, de 19 de octubre. ROJ: STS 3863/2021. (en relación a las Sentencias 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras).

con qué progenitor quiere vivir) sino conocer el entorno del menor (sus circunstancias personales y familiares, quien desempeña las labores de cuidado del menor, su relación con sus progenitores, su vida cotidiana...) para poder decidir cómo le puede afectar la solución jurídica y decidir así en su mejor interés⁸³.

Así, en primer lugar, se procede al análisis del criterio general establecido legislativamente por el que en la resolución judicial se deberá tener en cuenta la opinión del menor en función de su edad y madurez. Además, la Jurisprudencia ha dispuesto que la opinión del menor será atendida en la resolución judicial si se cumplen tres presupuestos, que se analizarán en el segundo apartado.

6.1. Criterio general

El criterio general sobre la influencia que la audiencia del menor debe tener en la resolución judicial se observa en el artículo 9.1 LOPJM al manifestar que “*El menor tiene derecho a ser oído y escuchado (...) teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*”. En primer lugar, se hará referencia a qué se refiere el legislador al establecer que la opinión se debe tener en cuenta y cómo se manifiesta dicho concepto en la Jurisprudencia y, en segundo lugar, se analizará la importancia de la “*edad y madurez*” del menor en la incidencia de su voluntad en la resolución judicial.

6.1.1. La opinión del menor debe tenerse en cuenta en la resolución judicial

6.1.2. Importancia de la edad y madurez del menor

El artículo 9.1 LOPJM establece que la voluntad del menor se tendrá en cuenta para la resolución judicial “*en función de su edad y madurez*”. Igualmente, el artículo 2.2. LOPJM señala que “*a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta (...) b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor (...) en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal.*”

⁸³ RODA y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, op.cit., p.244

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

Como ya se ha reiterado anteriormente, la audiencia es preceptiva para los menores de doce años que tengan madurez suficiente y para los mayores de doce años en todo caso (porque se presume que a esa edad ya tienen suficiente madurez). Así las cosas, como señala ABEL LUCH puede que se le dé audiencia a un menor que “*pese haber alcanzado los doce años, no tiene madurez*”. En estos casos es posible que el juzgador realice la audiencia al menor porque es obligatorio, pero otorgue “*poca relevancia a la voluntad o manifestaciones del menor*”⁸⁹ (lo que deber motivar el juzgador en la resolución).

Sin embargo, de forma general se puede establecer que, a mayor edad, mayor madurez del menor, por lo que cuanto mayor sea este, más influencia deberá tener su voluntad y opiniones en la resolución judicial y más difícil será justificar que se ha adoptado una decisión contraria a su postura⁹⁰. En el mismo sentido NUÑEZ ZORRILLA manifiesta que el art. 9 LOPJM parte del principio de que “*el menor tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y juicios de valor*” los que deberán ser tenidos siempre en cuenta en la resolución judicial; sin embargo, “*a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés*”⁹¹.

Además, hay legislaciones autonómicas⁹² que no sólo atienden a la edad de doce años para establecer la obligación de dar audiencia al menor, sino que especifican que el juzgador, para tomar la decisión sobre la guarda y custodia de los menores, atenderán, entre otros factores, a la opinión de los hijos “*con especial consideración a los mayores de catorce años*” como en la regulación de Derecho Civil Autonómico⁹³ de Aragón y

⁸⁹ ABEL LUCH, X. “La audiencia del menor” *op.cit.*, p.321

⁹⁰ SANTOS MORÓN. M.J. “El interés del menor” *op.cit.*, p. 218

⁹¹ NUÑEZ ZORRILLA, C. “El interés superior del menor de edad en los procesos de familia” *op.cit.*, p.132

⁹²El artículo 149.1 8º CE establece que el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de “Legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Así, actualmente ciertas Comunidades Autónomas con Derecho Civil Especial o Foral gozan de cierta regulación civil específica, en concreto: Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña e Islas Baleares (la Ley 10/2007, de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana fue declarada inconstitucional en 2016). En su mayoría hacen referencia al tratamiento del régimen económico matrimonial por lo que, en lo no regulado, se debe acudir al Código Civil (normas de derecho común).

⁹³Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas, artículo 80.2.c y Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Artículo 71.5

Navarra. Así, en consonancia con esta regulación, la STSJ de Aragón 16/2013⁹⁴, de 12 de marzo establece que “*La situación de un menor de más de doce años de edad -con la relevancia que a ello otorga el art. 6 CDFa-, e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores*”.

Por ello, se pueden establecer diferencias jurisprudenciales en la incidencia de la opinión de un menor de corta edad y la de un adolescente próximo a cumplir la mayoría de edad en la resolución judicial. Por lo que a continuación, se realiza un análisis jurisprudencial atendiendo a la edad de los menores (subdividiéndolo entre los menores de doce años, los menores de entre doce y catorce años, y los menores mayores de catorce años) para poder observar las diferencias que se producen en la práctica judicial atendiendo a la edad y madurez.

6.1.2.1. Menor de doce años

Los menores de doce años serán explorados por el Juez en caso de tener madurez suficiente; sin embargo, también se deberá comprobar que lo que dicen y expresan es maduro y sensato.

En la STS 519/2017⁹⁵ de 22 de septiembre se establece que no es posible que una menor de 12 años, a pesar de la madurez que pueda tener, decida sobre un aspecto tan importante como es la relación con su padre. En el mismo sentido la STS 561/2018⁹⁶ de 10 de octubre estima el recurso interpuesto por la madre porque, según explica la Sala, sólo se ha tenido en cuenta la opinión de la menor (de 7 años de edad) entendiendo que deben analizarse y ponderarse otras circunstancias. También la Sentencia de la AP de Santander 467/2021,

⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 16/2013, de 12 de marzo. ROJ: STSJ AR 9/2013

⁹⁵ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 519/2017, de 22 de noviembre. ROJ: STS 3327/2017

⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 561/2018, de 10 de octubre. ROJ: STS 3479/2018 de 10 de octubre que la AP ha obviado “la reiterada jurisprudencia sobre los criterios de aplicación en casos como el enjuiciado de modificación de medidas (...) para vincularlo con absoluto simplismo al interés (voluntad) de la niña”

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

de 22 de noviembre⁹⁷ dictamina que “*La opinión del menor, de 9 años, no debe ser soporte esencial de la decisión en atención a su grado de madurez, pero tampoco debemos desatenderla por completo*”; y la Sentencia de la SAP de Salamanca 673/2021, de 8 de noviembre⁹⁸ dictamina que “*de las audiencias (...) lo que los componentes de la Sala extrajeron es que ambas niñas (de 11 y 9 años) presentaban el suficiente juicio para comprender el diálogo que se mantuvo con ellas, en un lenguaje acomodado a su edad,*” y “*En definitiva, las menores, espontáneamente y con naturalidad, sin recelo o comentario alguno negativo hacia ninguno de sus progenitores, vinieron a decir cosas parecidas a las que ya antes pudieron expresar ante los miembros del Equipo psicosocial; por lo que, en atención al principio del favor filii,*”, por lo que se le otorga a la madre la custodia de las menores, fundamentando la resolución no sólo en la voluntad de las menores pues “*es consciente la Sala de que la opinión de los menores puede ser muy importante en la decisión judicial, sin que eso signifique que sean ellos quienes deban asumir la decisión a adoptar. La opinión del menor que tenga suficiente juicio no es el único sustento de la decisión judicial*” pero es lo que se sustenta del resto de hechos⁹⁹.

A través de las Jurisprudencia se puede observar que, atendiendo a la corta edad de los menores, su voluntad por sí sola no puede vincular la decisión judicial, incluso si se motiva que dicha voluntad es madura y sensata pues, atendiendo a la edad de los menores, su voluntad no tiene entidad suficiente para decidir sobre un aspecto tan importante de su vida. Por lo tanto, para que dicha voluntad vincule a la decisión judicial, se deberá atender a otros motivos y circunstancias que sustenten que la voluntad del menor es lo mejor para su interés superior.

6.1.2.2. Entre doce y catorce años

La incidencia de los deseos y voluntades de los menores de entre 12 y 14 años en las resoluciones judiciales es la misma que para los menores de 12, con la salvedad de la

⁹⁷ Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia núm. 467/2020, de 22 de noviembre. ROJ: SAP S 1402/2021.

⁹⁸ Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 673/2021, de 8 de noviembre. ROJ: SAP SA 829/2021.

⁹⁹ “la contundencia de tales hechos (el amplio horario de trabajo del padre) impone e imponía que desde el punto de vista del “favor filii” no era razonable mantener los pronunciamientos de las Sentencias anteriores (que otorgaban la guarda y custodia compartida)”.

obligatoriedad de la audiencia sin necesidad de valorar si tienen o no suficiente madurez. Es decir, su voluntad se tendrá en cuenta siempre y sólo vinculará la decisión judicial cuando, expresándose con madurez y sensatez, se observe a través de otros criterios o pruebas que dicha voluntad coincide con lo más beneficioso para su interés superior.

Así lo expresa la STS 705/2021, de 19 de octubre¹⁰⁰ que establece que *“la Sentencia recurrida¹⁰¹ decide el cambio de custodia y la atribuye al padre teniendo en cuenta el interés superior de Nicolasa y Imanol de manera motivada, fundada y razonable a la vista del conjunto de circunstancias que concurren en el caso”*, *“Este razonamiento es conforme con la doctrina de la sala, que ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión”* (teniendo los menores 11 y 13 años en el momento de la exploración).

En el mismo sentido la AP de Madrid en la Sentencia 186/2019, de 14 de febrero¹⁰² por la que se procede al cambio de custodia basándose fundamentalmente en los deseos del hijo teniendo en cuenta que la voluntad del hijo es también lo más beneficioso para él y así se ha podido comprobar. Por último, la Sentencia de la AP de Pamplona 1076/2021, de 1 de septiembre¹⁰³ que rechaza la opinión de la menor cuya voluntad es cambiar de domicilio para vivir con su padre puesto que, a pesar de tener 14 años y ser una niña *“madura y sensata”*, *“en ningún caso puede considerarse que exista una situación grave de conflicto entre la madre y la hija”* por lo que ni está justificado ni sería más beneficioso para su interés superior dicho cambio. Todo ello porque su voluntad está motivada por un deseo de *“cambio de aires”* al estar idealizando *“que el cambio de lugar de residencia y*

¹⁰⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 705/2021, de 19 de octubre de 2021. ROJ: STS 3863/2021

¹⁰¹ Sentencia de la AP de Salamanca 176/2020, de 15 de mayo, ROJ: SAP SA 184/2020, que respeta la decisión de los menores entendiendo que se explican *“con fundamento que es entendible y razonable para cualquiera”* y añade que a partir de los doce años se debe valorar con *“mayor peso”* su opinión si además presentan un *“grado de madurez psicológica suficiente y tienen capacidad para comprender y actitud para distinguir las consecuencias de sus actos (...)”* En este sentido, se pondera que los deseos de Nicolasa y Imanol, están en consonancia con el principio del interés superior del menor.

¹⁰² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 186/2019, de 14 de febrero. ROJ: SAP M 12257/2019.

¹⁰³ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia núm. 1076/2021, de 1 de septiembre. ROJ: SAP NA 1469/2021.

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

la posibilidad de nuevas expectativas pueda ser satisfactoria para satisfacer sus propias carencias”.

Por lo tanto, tal como apunta ARNAU MOYA, en esta franja de edad, es adecuado lo manifestado por la doctrina de que *“la voluntad del menor no puede convertirse en el criterio legal para que se acomoden a ella las medidas a tomar por el Juez¹⁰⁴.”*

6.1.2.3. Más de 14 años

Cuando los menores tienen más de 14 años se estaría tratando de preadolescentes y adolescentes. Así, cuando se alcanza esa edad, la resolución judicial debe estar más influenciada por la opinión de los menores en tanto que tienen más madurez y las decisiones que afectan a su esfera personal y familiar también afectan al correcto desarrollo de su vida independiente y privada (deberes escolares, relaciones con amigos...) ¹⁰⁵.

Esto se debe a que, a pesar de que su voluntad puede ser contraria a su interés, en la práctica, imponerle esas obligaciones es una *“decisión improcedente”* al resultar *“imposible su ejecución”*, y es que bastaría con que el menor no cumpliera la decisión para que la Sentencia resultase ineficaz e incluso pudiese tener un efecto contraproducente con el progenitor que se ha visto rechazado ¹⁰⁶. En el mismo sentido ARNAU MOYA manifiesta que *“En esta franja de edad entre 14 y 18 años) (...) se hace complejo imponer una relación que el menor no desea, puesto que no tiene sentido el empleo de la fuerza pública puesto que podría suponer una vulneración de los derechos fundamentales de la persona o del derecho de integridad física o moral¹⁰⁷”.*

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que las circunstancias pueden ser distintas en cada caso concreto, en la mayoría de la Jurisprudencia relativa a menores adolescentes se desprende

¹⁰⁴ ARNAU MOYA. F., *op.cit.*, p.434

¹⁰⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia núm. 1003/2019, de 26 de noviembre. ROJ: SAP M 16176/2019 y Audiencia Provincial de Madrid, núm. 186/2020, de 14 de febrero ROJ: SAP M 148/2019 cuando establece que, con respecto los menores que cumplen catorce años, “el régimen establecido debe ejercerse con flexibilidad, atendiendo también a los deseos y necesidades del menor y a su organización deportiva, social y escolar, (...) debiendo buscar para ello los acuerdos con el menor, involucrándole y motivándole en las estancias y visitas”.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Relevancia de la voluntad” *op.cit.*,

¹⁰⁷ ARNAU MOYA. F., *op.cit.*, p.434

que “*se ha de atender a la voluntad del menor cuando (...) responde a una decisión madura, firme, autónoma y razonada*”. Pues se debe considerar que el menor a estas edades ya es capaz de tomar decisiones con respecto de su futuro pues es consciente de la realidad social y familiar¹⁰⁸.

Así se muestra en varias Sentencias por las que se dispone que establecer decisiones en contra de la voluntad de menores próximos a cumplir la mayoría de edad carece de “*sentido práctico*” pues la opinión manifestada es muy diferente a la voluntad de niños infantes, teniendo en cuenta que se encuentran en el pleno desarrollo de su personalidad¹⁰⁹. Por ello se deben respetar en mayor medida sus deseos atendiendo a su libertad e independencia.

Eso ocurre, por ejemplo, en la Sentencia de la AP Pontevedra 18/2017¹¹⁰, de 19 de enero en la que se establece que FJ4º “*no parece conveniente para el interés y beneficio de la menor establecer un concreto régimen de comunicaciones y estancias con su padre ni con su madre dada la edad de 16 años de Tania, - cumplirá 17 en 7 meses-, el rechazo actual de la misma hacia la figura materna y la mala relación existente*” por lo que se atribuye la guarda y custodia al padre con régimen de visitas pactado por las partes. Y en

¹⁰⁸ Id. En el mismo sentido GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.. «Relevancia de la voluntad” *op.cit.*., “no puede obviarse el hecho de que, aun siendo la voluntad del menor caprichosa e infundada, movida por el puro interés material o crematístico, o producto de la manipulación, en el caso de adolescentes próximos a alcanzar la mayoría de edad, de 15,16 o 17 años, no es posible desconocer la voluntad de los mismos a la hora de establecer el sistema de custodia, de atribuir la guarda a uno u otro progenitor o de fijar un determinado régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor no custodio”

¹⁰⁹GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.. «Relevancia de la voluntad” *op.cit.*, menciona la Sentencia de la AP de A Coruña (Sección 3ª), núm. 503/2009, de 4 de diciembre “FJ 2.º En tales edades, la opinión de la menor tiene unos matices muy distintos a las manifestaciones o deseos de niños que no alcanzaron la pubertad o infantes. A esa edad, próxima a la mayoría de edad, en plena adolescencia, y cuando están desarrollando su personalidad, la capacidad de imponer un régimen de guarda contra su voluntad está limitada. Es una pretensión imposible” y “FJ3º Cuando los hijos menores de edad tienen edades de 15, 16 o 17 años, realmente pronunciarse sobre un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio carece de todo sentido práctico. A esas edades, el menor visitará a los familiares con los que no convive cuanto tenga por conveniente.” También la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª), Sentencia núm. 86/2019, de 13 de marzo, ROJ: SAP CR 352/2019, establece que “El sentido común y la experiencia nos dicen que tal medida (establecer un régimen de visitas) ni es viable cuando se impone, ni parece que tenga mucho sentido imponerla a un menor adolescente. Por ello, ordinariamente se ha de partir de respetar tanto sus mayores deseos de libertad e independencia respecto de los progenitores”.

¹¹⁰ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Sentencia núm. 18/2017, de 19 de enero. ROJ: SAP PO 66/2017

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

la más reciente Sentencia de la AP Barcelona 245/2020¹¹¹ de 26 de mayo, cuando una menor de 16 años muestra su voluntad de que sea su padre el que ostente la custodia, cuando ya había acudido a convivir con él anteriormente (2 años) vulnerando el régimen establecido en la Sentencia de divorcio inicial (en 2015). Por ello se entiende que “*la edad de Sofia en la actualidad, ya con el horizonte en la mayoría de edad y el hecho consumado de la consolidación de la situación desde hace ya dos años, no hacen aconsejable la estimación del recurso de la madre*”. Es decir, que se respetan los deseos de la hija por entender que, en caso de no respetarse, se va a incumplir lo impuesto en la Sentencia y perdería su eficacia, siendo más beneficioso para la menor, en este caso, respetar sus deseos, pero nombrando un coordinador parental.

Sin embargo, la opinión del menor debe ser “*madura, firme, autónoma y razonada*” por lo que se observan Sentencias, como la Sentencia STSJ de Cataluña 18/2012¹¹² de 23 de febrero, en la que se rechaza la voluntad de la menor con 16 años por entender que la opinión de la misma no era madura por motivarse en sus cambios de humor y enfados (y así lo mostraban sus hechos)¹¹³”.

Por ello, es imposible establecer un criterio único acerca de si se respeta siempre la voluntad de los menores adolescentes de más de 14 años pues dependerá del caso concreto.

En estos casos, lo que realizan los Jueces y Tribunales en muchas ocasiones es establecer regímenes de visitas flexibles para los menores adolescentes, algo que divide la opinión de los Tribunales, pues puede ser contraproducente por los riesgos que conlleva (pérdida de relación con el progenitor no custodio, chantajes y rebeldía de los menores...).

¹¹¹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 254/2020, de 26 de mayo. ROJ: SAP B 3271/2020.

¹¹² Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm.18/2012, de 23 de febrero. ROJ: STSJ CAT 1943/2012

¹¹³ RODA y RODA, D. “El interés del menor” *op.cit.*, p.94. También se produce la imposición de decisiones contrarias a la voluntad de adolescentes en otras resoluciones como la Sentencia de la AP de Cáceres, Sección 3ª, de 16 de marzo de 2006; la Sentencia de la AP de Sevilla Sección 2ª, de 30 de junio de 2009; la Sentencia de la AP de La Coruña Sección 4ª de 28 de febrero de 2009 o la Sentencia de la AP de Madrid Sección 22ª, de 29 de enero de 2010, todas en atención al establecimiento de un régimen de visitas.

Así, se observan Sentencias favorables a este tipo de régimen, como la Sentencia de la AP de Valladolid de 26 de febrero de 2018¹¹⁴ que establece que *“resultaría enormemente difícil conseguir el cumplimiento del que habitualmente se considera como régimen de comunicación y visitas ordinario”* (por lo que se acuerda un régimen de visitas flexible entre madre e hija). Por el contrario, la Sentencia de la AP de Barcelona de 30 de octubre de 2018 por la que se establecía un régimen de estas características fue recurrida en casación ante el TSJ de Cataluña que, en Sentencia de 30 de septiembre de 2021 dictaminó que *“un régimen de visitas no puede quedar en manos de la voluntad del hijo”*¹¹⁵ pues el derecho a relacionarse (del artículo 236-4 del Código Civil de Cataluña) es un *“derecho recíproco que pretende favorecer no sólo el equilibrio emocional de los progenitores sino también el desarrollo integral de la personalidad de los hijos”* y por ende *“no puede dejarse a la voluntad discrecional de una de las partes”*.

6.2. Presupuestos judiciales para la valoración de la opinión del menor

A pesar del criterio general establecido legislativamente sobre la influencia de la opinión del menor en la resolución judicial, la Jurisprudencia ha ido estableciendo también unos presupuestos judiciales para establecer si dicha opinión debe atenderse en la misma¹¹⁶.

Estos presupuestos se encuentran recogidos en la STS 18/2018, de 15 de enero al disponer que *“el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el Juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas”* o la STS 705/2021, de 19 de octubre¹¹⁷ que establece que *“no cabe desconocer los deseos de los menores, siempre que: a) su opinión sea libremente emitida*

¹¹⁴ Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª). Sentencia núm. 81/2018, de 26 de febrero. ROJ: SAP VA 271/2018

¹¹⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 49/2021, de 30 de septiembre. ROJ: STSJ CAT 9255/2021

¹¹⁶ ABEL LUCH, X., “La audiencia del menor” *op.cit.*, p. 333

¹¹⁷ Sentencia núm. 705/2021, de 19 de octubre. ROJ: STS 3863/2021, en relación al criterio establecido por el TSJ de Cataluña en la Sentencia 2/2014, de 9 de enero (ROJ: STSJ CAT 5/2014, (posteriormente citada en la STSJ 2/2017, de 12 de enero ROJ: STSJ CAT 486/2017) Fundamento Jurídico 5º: “(...) para que el deseo del menor con suficiente juicio pueda ser atendido siempre será necesario: a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo c) que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.”

Por lo tanto, aunque la opinión y los deseos del menor tengan que ser tenidos siempre en consideración para la resolución del procedimiento, sólo serán atendidos si cumplen esos tres presupuestos establecidos jurisprudencialmente. A continuación, se procede al análisis de cada uno de esos tres presupuestos en la Jurisprudencia:

6.2.1. Opinión libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida

6.2.1.1. Criterio general

La primera premisa que se debe cumplir para que el juzgador atienda la opinión del menor en la resolución judicial es que ésta no haya sido mediatizada ni interferida por alguno de los progenitores de manera que su opinión sea libre y emitida conforme su propia voluntad.

El Juez o Tribunal que realiza la audiencia, difícilmente va a saber cuándo un menor está mostrando su propia voluntad. En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986¹¹⁸, en su apartado II C), establece que hay que tener en cuenta no sólo lo que dice de forma literal el menor, sino también y sobre todo, cómo lo dice, pues hay ocasiones en las que sus declaraciones pueden estar mediatizadas o influidas por el otro progenitor. Así, como indica GONZÁLEZ DEL POZO, esta Circular es igualmente

¹¹⁸Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986¹¹⁸, de 15 de diciembre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Separación y Divorcio, mencionada posteriormente por autores como GONZÁLEZ DEL POZO J.P. “Relevancia de la voluntad” *op.cit.*, la Sentencia de la AP PO 333/2020, de 15 de junio, “es obvio que la voluntad manifestada por el menor sólo se erige en un factor de decisiva importancia para la resolución de la controversia existente entre los progenitores sobre un asunto concerniente al mismo, cuando es reflejo de una decisión madura, firme, autónoma y razonada, que responde a hechos, motivaciones o circunstancias objetivos y no a meros deseos caprichosos o a la influencia negativa de uno de los progenitores. En este sentido, dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Separación y Divorcio, en su apdo. II C),” y en el mismo sentido la Sentencia de la AP BI 2065/2019, de 2 de diciembre y la Sentencia de la AP A 254/2019, de 7 de mayo.

válida para los Jueces, a lo que él indica que añadiría: “*valorar el por qué de lo que dice (el menor), con objeto de determinar si sus manifestaciones, opiniones o deseos son inducidos o propios, fundados o gratuitos, razonados o caprichosos*”¹¹⁹”.

Igualmente se pueden observar Sentencias en las que se motiva por qué se cree (o no) que el menor está expresando su propia opinión.

Así, por ejemplo, la Sentencia de la AP de Tarragona 310/2014¹²⁰, de 3 de octubre en la que el Tribunal explica los indicios por los cuales entiende que el Juez de primera instancia acertó al rechazar la opinión del menor Luis Carlos por “*parcial a lo que cabe añadir poco espontáneo y libre, pues de ello es indicio que el mismo fuese adelantado en parte por la Letrada de la parte apelante en el juicio, anunciado las respuestas que daría más tarde Emiliano*”. Por lo tanto, entiende el Tribunal y el Juez de primera instancia que el hecho de que el menor se exprese de forma poco espontánea supone un indicio de que está mediatizada. El mismo criterio sigue la AP de Tarragona en la Sentencia 815/2020¹²¹, de 9 de diciembre por la que entiende que la opinión de los menores es válida porque se manifestaron “*libremente, dando razones de sus respuestas, las cuales estaban provistas de una racionalidad adecuada en atención a la edad de cada uno de ellos*”.

Los juzgadores pueden tener en cuenta otros factores por los cuales entiendan la libertad de la opinión de los menores; así por ejemplo, la Sentencia de la AP de Girona 1313/2020 de 9 de diciembre¹²² entiende que la opinión de la menor no está mediatizada porque a pesar de que “*no pudo apreciarse que tal deseo fuera plenamente libre y sin condicionantes*” en la exploración la menor se opuso a un régimen de visitas con el padre de 12 días pero no al de 4 y, de hecho, manifestó desearlo, por lo que se entiende que a través de esos indicios, la menor no está siendo interferida por la madre.

Se concluye estableciendo que los Jueces y Tribunales valoran con la sana crítica para entender cuándo un menor está expresando su propia opinión o no, teniendo en cuenta no

¹¹⁹GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.. «Relevancia de la voluntad” *op.cit.*

¹²⁰Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 310/2014, de 3 de octubre. ROJ: SAP T 1216/2014

¹²¹ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 815/2020, de 9 de diciembre. ROJ: SAP T 1759/2020

¹²² Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª). Sentencia núm. 1313/2020, de 9 de diciembre. ROJ: SAP GI 1830/2020

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

sólo lo que los mismos opinan de forma literal sino cómo lo expresan y, en general, el ambiente que se genera en la propia audiencia (si se ponen o no nerviosos con ciertas preguntas, si responden de manera espontánea o racional en función de su edad o, por el contrario, parece que estén recordando la respuesta...). Por ejemplo, se observan Sentencias en las que se hace referencia al momento en que se tensan los menores al disponer que la actitud del menor es “*espontánea y natural, que solo se tensa de forma preocupante cuando se incorpora la madre a la entrevista*”¹²³.

6.2.1.2. Oposición del menor a relacionarse con uno de los progenitores por interferencia del otro progenitor

Cuando se analiza la posibilidad de que la opinión del menor no sea libre por ser fruto de una interferencia de alguno de los progenitores, se deben mencionar aquellos casos en los que hay una conducta por parte de alguno de ellos hacia el menor consistente en desacreditar la figura del otro, de forma continuada y reiterada con el objetivo de hacer crecer un odio, rencor o aversión hacia aquél (a través de una manipulación).

Esta conducta, que tiene lugar en ciertos supuestos de rupturas contenciosas y, en la práctica, se observa en los Juzgados de manera excepcional, ha dado lugar a un debate sobre la denominación del rechazo del menor como *Síndrome de Alienación Parental (SAP)*¹²⁴. La definición del SAP en la práctica judicial se puede encontrar en diversas Sentencias, como en la Sentencia de la AP de Málaga 963/2020,¹²⁵ de 8 de octubre “*Ese denominado síndrome es conocido como el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual, un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador, mediante un mensaje y un programa que*

¹²³Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª). Sentencia núm. 106/2021, de 29 de marzo. ROJ: SAP PO 625/2021

¹²⁴PADILLA RACERO, DOLORES. *El falso síndrome de alienación parental*. Málaga: Publicaciones divulgación científica. Universidad de Málaga, 2017. Establece que el Síndrome de Alienación Parental es un término creado por el psiquiatra forense Richard Gartner en 1985. Destaca, además que “Ha de señalarse que, dentro de la terminología empleada en la construcción del SAP, al progenitor que ostenta la guarda y custodia del menor y con el que éste convive, se le va a denominar “alienador” y al progenitor cuya compañía el menor rechaza, “alienado”. El menor, a su vez, es referido también como “alienado”.

¹²⁵ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª). Sentencia núm. 963/2020, de 10 de octubre. ROJ: SAP MA 1567/2020

podría denominarse vulgarmente como "lavado de cerebro", un odio de los hijos, patológico e infundado, hacia el otro progenitor".

Actualmente no se puede hablar de un "síndrome" o "enfermedad" puesto que no está reconocido como tal, calificando la doctrina y Jurisprudencia a dicho término como de acientífico¹²⁶. Esto ha sido comunicado en numerosas ocasiones a la comunidad jurídica para evitar resoluciones que contengan justificaciones en dicho síndrome¹²⁷. Se alega que cuando un menor expresa su rechazo o descontento a acudir con uno de los progenitores, no tiene por qué deberse a una interferencia por parte del otro progenitor, por lo que no cabe calificar todo rechazo como SAP¹²⁸. El mismo criterio se sigue aplicando en la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 18 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (actualizada en 2016)¹²⁹ en la que, además, se realiza una referencia a una STS 162/2016, de 16 de marzo de 2016¹³⁰ en la que se señala que la Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia de ese síndrome. Más recientemente, la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE) realizó unas jornadas el 7 de febrero de 2020 con el objetivo de "desmontar el SAP" desde una perspectiva multidisciplinar. Por último, se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia en la

¹²⁶Consejo General del Poder Judicial. «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género .» 2013. X.1. "a pesar de la difusión y popularización de este pretendido síndrome en nuestro país, el SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en los dos grandes sistemas diagnósticos de salud mental en todo el mundo, el DSM-IV de la Asociación Americana de Psiquiatría y el ICE-10 de la Organización Mundial de la Salud".

¹²⁷Conclusión Nº24 aprobada en el Curso de Formación Continua de Jueces y Magistrados sobre Valoración del Daño corporal en las Víctimas de Violencia de Género celebrado en Madrid en septiembre de 2007 que establece que "El SAP no es una categoría diagnóstica clínica ni en Medicina ni en Psicología, por lo que debe entenderse como descripción de una situación caracterizada por una serie de síntomas y conductas que no corresponden con una causa única".

¹²⁸Cabe destacar que en 2007 todavía no había cambiado la corriente jurisprudencial por la que se prefiere la custodia compartida. Por ello se hace referencia en esta Guía de Criterios de Actuación Judicial y a numerosas Sentencias en las que se hace referencia al SAP a que es la madre (la que normalmente ostentaba la custodia) la que realizaba normalmente esta conducta para enfrentar a los menores con su padre. Por ello se hace referencia en la conclusión 25ª a que "La conducta de rechazo de los menores al padre tras una separación puede deberse a diversas causas (...). Identificar todas estas circunstancias como SAP, es, a partir de una concepción estereotipada de base cultural en los roles de hombres y mujeres y conlleva cargar de intencionalidad y acción supuestas conductas de la madre para enfrentar a sus hijos e hijas al padre". Y esto suponía quitar la custodia a las madres a las que se acusaba de realizar esta manipulación.

¹²⁹ Consejo General del Poder Judicial "Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género" op.cit.,

¹³⁰Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 162/2016, de 16 de marzo. ECLI: ES:TS:2016:1295

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

que en su artículo 26.3 segundo párrafo se establece que *“En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva (...) debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental”*.

El principal problema con el SAP y lo que ha provocado el rechazo de dicho término por el CGPJ es que, a pesar de ser un término acientífico, se ha utilizado en numerosas resoluciones judiciales para justificar el cambio de guarda y custodia de la madre al padre¹³¹, calificándolo como una forma de violencia a la mujer¹³². Así, en el auto 119/2020¹³³ de la AP de A Coruña de 29 de octubre se dice sobre el SAP que *“el CGPJ ha declarado repetidamente que no debe ser usado como pretexto para retirar custodias a las madres ya que la ciencia ha demostrado que el mismo no existe”*.

Sin embargo, independientemente del nombre que reciba, pues no es objeto de este trabajo analizar su existencia, sí es una realidad que, en ocasiones, hay conductas de un progenitor (cualquiera de ellos)¹³⁴ que tienen como objetivo generar odio y rechazo en los hijos hacia el otro. Así lo muestra la STS 519/2017, 22 de septiembre al disponer que *“lo decisivo en esta materia es siempre el interés del menor, que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (...), siendo los progenitores los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia”*. En el mismo sentido la

¹³¹ RODA y RODA, D. “El interés del menor” *op.cit* p. 118. Se observan gran cantidad de Sentencias en las que, a través de la alegación del SAP, se produce un cambio de custodia del progenitor causante al otro progenitor, como en la Sentencia de la AP de Asturias, Sección 5ª de fecha 29 de septiembre de 2005, Sentencia AP de Pontevedra 106/2008 de 20 de febrero, Sentencia de la AP Gijón 41/2011 de 29 de abril o la Sentencia de la AP de Baleares 47/2008 de 7 de febrero. Otras medidas eran obligar al menor a someterse a un tratamiento psicoterapéutico como la Sentencia de la AP de Almería de 13 de mayo de 2009.-

¹³² Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 6ª). Auto núm. 90489/2018, de 28 de diciembre. ROJ: AAP BI 1705/2018 el “SAP” es un “instrumento de peligroso fraude pseudo-científico, que está generando situaciones de riesgo para los niños, y está provocando una involución en los derechos humanos de los menores y de sus madres (mujeres)”.

¹³³ Audiencia Provincial de A Coruña (A) (Sección 5ª). Auto núm. 119/2020, de 29 de octubre. ROJ: AAP C 1149/2020

¹³⁴ GARCÍA GARNICA, Mª DEL CARMEN «El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior dle menor.» *Derecho Privado y Constitución*, nº 23 (2009),p. 219

Sentencia de la AP de Santander 589/2020¹³⁵, de 29 de octubre por la que se alega que el hecho de que el SAP no esté reconocido científicamente no significa que “*no pueda darse en la realidad un entorpecimiento de las relaciones parentales por parte del otro progenitor, ni que pueda por ello desconocerse el perjuicio para el menor derivado de una actitud obstruccionista o abiertamente negativa de un progenitor sobre el menor*”.

Además, esta actitud de entorpecimiento de las relaciones de un menor con progenitor por el otro es reconocido en la legislación (art. 156 CC) cuando establece, sobre el ejercicio de la patria potestad, que el Juez podrá atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones cuando “*los desacuerdos (en su ejercicio) fueran reiterados o concurriera cualquiera otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad*”. O en el artículo 776.3º LEC sobre la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas al disponer que el “*incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas*”.

Lo que aquí interesa es la voluntad del menor cuando tienen lugar estas conductas por parte de alguno de los progenitores, así como su vinculación en la resolución judicial.

Cuando se produce un rechazo del menor a comunicarse con un progenitor, el juzgador debería analizar, en primer lugar, a qué se debe ese rechazo a través de las pruebas pertinentes y en caso de no encontrarse causa alguna en dichas pruebas que justifique razonadamente el rechazo, se procederá a investigar si el menor ha sido objeto de manipulación¹³⁶. Partiendo de esta premisa, esta animadversión del menor a causa de una manipulación es muy difícil de ser detectado por un Juez en la audiencia del menor y sería necesario la intervención de psicólogos profesionales¹³⁷. Así, una vez conocida la causa

¹³⁵ Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia núm. 589/2020, de 29 de octubre. ROJ: SAP S 1137/2020

¹³⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.. «Relevancia de la voluntad” *op.cit.*

¹³⁷ FEDERICO MOYA, ARNAU «La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas.» Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº13, 2020, p. 428-429. En el mismo sentido TEJEDOR HUERTA, MARÍA ASUNCIÓN. «El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio.» *Anuario de Psicología Jurídica* 22 (2012),p. 73 establece que “Es importante hacer una valoración de los motivos que aporta el menor sobre el rechazo hacia un progenitor, examinando todo el material existente (informes del Punto de Encuentro Familiar, de los Servicios Sociales, pruebas periciales psiquiátricas o psicológicas,

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

del rechazo, se puede realizar una correcta decisión judicial que se adapte al interés superior del menor y sus progenitores¹³⁸.

Cabe destacar dos Sentencias del Tribunal Supremo que ponen de manifiesto la existencia de este tipo de conducta, ofreciendo la misma solución jurídica¹³⁹.

En primer lugar, la STS 519/2017¹⁴⁰, de 22 de septiembre por la que una menor de casi 12 años de edad muestra su voluntad de no querer tener relación alguna con su padre, la perito judicial muestra en su informe que hay una “*influencia de la madre sobre las opiniones de la menor sobre el padre*”. El Tribunal, en este caso y atendiendo a las circunstancias, desestima el recurso interpuesto por la madre (manteniendo la custodia compartida) y alega que hay una necesidad de que la menor mantenga más contacto con su padre para contrarrestar la influencia de aquella. Por otro lado, la STS 206/2018¹⁴¹ de 11 de abril por la que se establece que no es errónea valoración de la AP de Córdoba en la que expresa que “*la menor (de 13 años) está severamente influenciada por la actitud de la progenitora que cuestiona y critica de forma absoluta a la figura paterna*”, conclusión que resulta de una exploración de la menor que dice la Sala “*insólita, incomprensible e injustificada finalidad que la menor atribuye al deseo del padre de obtener un cambio de régimen de guarda y custodia*”. En este caso se procede al cambio de guarda y custodia de la madre al padre tomando siempre en consideración el interés superior del menor que pone de manifiesto el Ministerio Fiscal “*con el fin de evitarle*

informes escolares, interrogatorio de las partes, declaraciones de los testigos y exploración del menor), y analizando si tal negativa o rechazo tiene su fundamento en hechos o circunstancias objetivas y verificables”. “Si concluimos que no existen razones objetivas que justifiquen el rechazo al progenitor, deberíamos igualmente indagar si el menor ha sido objeto de un proceso de manipulación o inducción por parte del progenitor custodio para alejarle y apartarle del no custodio mediante la ruptura del vínculo efectivo que existía entre ambos”:

¹³⁸ TEJEDOR HUERTA, MARÍA ASUNCIÓN. «El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio.» *op.cit.*, p.74

¹³⁹ RODA y RODA, D. *El interés del menor*, *op.cit.*, p.124-125, las resoluciones que atienden a este tipo de conducta son muy variadas. En base a la jurisprudencia analizada serían tres¹³⁹, dependiendo del caso concreto y de la gravedad de la conducta: en primer lugar la retirada de la patria potestad al progenitor que está realizando la manipulación (en los casos más graves), en segundo lugar el cambio de guarda y custodia del progenitor “alineador” al otro progenitor (la más frecuente) y en tercer lugar, la suspensión del régimen de visitas con este progenitor (o la realización de las visitas con asistencia psicológica).

¹⁴⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 519/2017, de 22 de noviembre. ROJ: STS 3327/2017

¹⁴¹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 206/2018, de 11 de abril. ROJ: STS 1351/2018

perjuicios que sean irreparables dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre” pero con un régimen de visitas de la madre amplio para que el cambio sea progresivo.

Por lo tanto, se observa que, en los dos casos, los deseos del menor no son atendidos en el fallo porque, al no haber motivos que justificasen el rechazo a uno de los progenitores, se ha analizado si el otro ejercía una manipulación (a través de los Equipos Técnicos) quedando acreditado que así era. Así, ambos coinciden en que el menor debe pasar más tiempo con el progenitor al que rechazan, pero de forma progresiva.

Distinta opinión tiene la AP de Málaga, cuando en la Sentencia 963/2020,¹⁴² de 8 de octubre establece que, aun cuando existiese ese Síndrome, *“la solución del problema nunca va a estar en obligar a los menores a convivir con el progenitor que rechazan, sino que solo podría disiparse mediante los tratamientos que requieran la unidad familiar”* (como se establece en el informe pericial)¹⁴³.

Por lo tanto, se observa cómo en la práctica judicial, cuando se produce una manipulación del menor y el juzgador tiene pruebas suficientes a través de la exploración, así como de los informes de los Equipos Técnicos, de que su voluntad está siendo interferida, no será determinante la opinión del menor para tomar la decisión final. Así, la solución que se suele dar en este tipo de conflictos es el establecimiento de un régimen de guarda y custodia y de visitas que permita al progenitor rechazado pasar más tiempo con el menor, de forma progresiva, pero siempre atendiendo al caso concreto y al interés superior del menor.

6.2.2. Opinión atendible porque no está inspirada en criterios de comodidad ni bienestar a corto plazo

El segundo presupuesto que debe cumplirse para que se atienda la opinión del menor en la resolución judicial es que su voluntad no atienda a criterios de comodidad ni bienestar a corto plazo. Para que el juzgador atienda a los deseos y voluntades del menor, es necesario no sólo que el niño sea suficientemente maduro, sino que la opinión expresada

¹⁴²Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª). Sentencia núm. 963/2020, de 10 de octubre. ROJ: SAP MA 1567/2020

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

en la audiencia sea una opinión madura y sensata¹⁴⁴ (que no se deba a meros caprichos, cambios de humor o comodidades), algo que el juzgador puede apreciar si se muestra la voluntad de forma contundente y rotunda¹⁴⁵.

De nuevo se debe hacer aquí referencia a la forma de valoración de la audiencia, pues atiende a la sana crítica del juzgador, que deberá valorar según la lógica y la experiencia si lo expresado por el menor atiende a caprichos o es sensata y atiende a razones justificadas. Por ello se muestran algunos ejemplos de cómo interpreta el juzgador que la opinión de los menores obedece a meros caprichos y comodidades.

En primer lugar, Sentencia de la AP de Bilbao 45/2020¹⁴⁶, de 14 de enero dispone que para valorar la opinión del menor se debe atender no solo a la edad y madurez del mismo sino también a la “*solidez de su discurso*”. Igualmente, en la Sentencia de la AP de Toledo 65/2016¹⁴⁷, de 6 de abril se hace referencia a que los menores (de 14 y 13 años) “*presentan un alto grado de madurez que el Juez de instancia confirma personalmente en su exploración*”, que “*se desarrollaron con plena sensatez, tranquilidad y criterio propio y manifestaron de manera inequívoca, sincera y rotunda su oposición a un régimen de custodia compartida*” por lo que se tuvo en cuenta su opinión desestimando el recurso del padre a una custodia compartida en tanto que no afectaba a su interés.

En sentido contrario, la STSJ de Cataluña 18/2012, de 23 de febrero¹⁴⁸ no atiende la opinión de las hijas menores de edad pues establece que “*la necesidad de que los menores sean oídos no puede necesariamente traducirse en que sea su voluntad la que haya de imponerse en todo caso (...) sin que quepa confundir los anhelos y el deseo de los niños o adolescentes con el principio del "favor filii" y superior interés del menor que ha de*

¹⁴⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. «Medidas relativas a los hijos menores de edad. Atribución de la guarda y custodia y régimen de visitas.» *El contenido del Convenio Regulador : sus diferentes aspectos*, 2006:121

¹⁴⁵ RODA y RODA, D. *El interés del menor op.cit.*, p 244

¹⁴⁶ Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª). Sentencia núm. 45/2020, de 14 de enero. ROJ: SAP BI 248/2020

¹⁴⁷ Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia núm. 65/2016, de 6 de abril. ROJ: SAP TO 345/2016

¹⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm.18/2012, de 23 de febrero. ROJ: STSJ CAT 1943//2012.

presidir este tipo de decisiones.” Así, se descarta la opinión de la menor Patricia (de 16 años) al establecer que desea vivir con el padre cuando la Sala desestima el recurso alegando que *“Es evidente que los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de las menores adolescentes ni deberían hacerlo tampoco los padres.”* También destaca la STS 52/2016,¹⁴⁹ de 11 de febrero por la que se rechaza la voluntad de un menor de 14 años por entender la Sala que ésta estaba más relacionada con la comodidad que le proporcionaba la residencia del padre (en pleno centro de la ciudad) que con su interés superior¹⁵⁰.

Por lo tanto, se observa cómo en la práctica judicial, el juzgador a través de la sensatez y madurez expresada por el menor podrá vislumbrar si la opinión del menor atiende a meros caprichos o está razonada y correctamente fundada, algo en lo que tendrá una gran incidencia la edad del menor, pues está muy relacionada con su madurez y la solidez de su discurso.

6.2.3. Opinión del menor es atendida porque se observa, a través de otros criterios, que es lo mejor para su interés superior

La tercera y última premisa que debe cumplirse para que se atienda en la resolución judicial la voluntad del menor es que sus deseos no estén desaconsejados por la especial incidencia de otros criterios de los que se observe que su voluntad no coincide con la mejor decisión para su interés superior. Teniendo en cuenta que en todo procedimiento que afecta a los menores de edad es necesario que el juzgador resuelva en atención a su interés superior del menor.

¹⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 52/2016, de 11 de febrero. ROJ: STS 480/2016

¹⁵⁰Vid. Guía de Criterios de Actuación Judicial en Materia de Custodia Compartida del Consejo General del Poder Judicial (2020). Se produce un análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco) sobre los criterios que se tienen en cuenta en la práctica judicial para la adopción de la guarda y custodia de los menores. El análisis de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia es realizado por José Antonio Seijas Quintana, Magistrado jubilado de la sala 1ª del Tribunal Supremo) p. 85 y ss. Según dicho análisis, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se concluye que la opinión del menor es el cuarto criterio que se tiene en cuenta al decidir sobre la guarda y custodia, por detrás de la preferencia legal al régimen de custodia compartida, el resultado de los informes periciales y la edad. Así se establece que “la opinión del menor es citada en varias resoluciones, si bien no siempre se sigue la preferencia expresada por éste, especialmente cuando esa preferencia se sustenta fundamentalmente en el deseo de evitar cambios.”

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

Es importante destacar que, como se mencionó en el apartado 2 sobre el concepto de la audiencia del menor, su opinión y voluntad es uno más de los criterios generales que se deben tener en cuenta para el correcto establecimiento del interés superior del menor. La CDN en la OG N°14 establece en sus párrafos 52 a 79 “*los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se traten*”¹⁵¹. En la legislación española es el art. 2.2 LOPJM (tras la modificación producida por la LO 8/2015, de 22 de julio) el que establece que “*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales (...) b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*”

Por lo tanto, y dado que la opinión del menor no es el único criterio a tener en cuenta en la “*interpretación y aplicación*” del interés superior del menor, en la resolución judicial se deberá ponderar la opinión del menor con el resto de presupuestos que contempla la normativa¹⁵².

Aunque esos criterios generales son recogidos en el art. 2.2 LOPJM, también dispone que se tendrán en cuenta “*aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto*”. Sin embargo, ni el CC ni la LEC se pronuncian sobre los criterios que hay que atender, en concreto, en los procesos de crisis familiares, algo que sí contemplan algunas regulaciones autonómicas como la regulación de

¹⁵¹ Los criterios serían (párrafos 53 a 79 de la OG nº14): a) La opinión del niño; b) La identidad del niño; c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) Cuidado, protección y seguridad del niño; e) Situación de vulnerabilidad; f) El derecho del niño a la salud; g) El derecho del niño a la educación

¹⁵² “a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.”

Cataluña, País Vasco, Aragón o Navarra, concretamente estableciendo los criterios a tener en cuenta al decidir sobre un aspecto fundamental del menor como es su guarda y custodia en procesos de crisis familiares.

A pesar de las pequeñas diferencias que hay entre las mismas (como el tomar en consideración el número de hijos o su edad o la distancia entre los domicilios de los progenitores), todas ellas coinciden en que se deben ponderar (entre otros) las aptitudes de los progenitores así como sus actitudes para dotar a los menores de estabilidad, la conciliación laboral y familiar, el arraigo social y familiar de los hijos, la predisposición de cada uno de los progenitores a cooperar y respetar los derechos del otro o la opinión de los menores¹⁵³.

En la misma línea, y a pesar de no haber una normativa de Derecho Civil Común detallada al respecto se pronuncia la STS nº. 623/2009, de 8 de octubre¹⁵⁴, que enumera algunos criterios para facilitar la determinación del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida en supuestos de crisis familiares contenciosos: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones paternofiliales y aptitudes personales, los deseos de los menores, el número de hijos, el cumplimiento de los deberes paternofiliales, el respeto mutuo en sus relaciones personales, los informes legales y cualquier otra circunstancia que permita a los menores una vida adecuada (en el mismo sentido la STS 257/2013, de 29 de abril de 2013¹⁵⁵). Así se han dado casos en los que se ha procedido a la estimación de un recurso por haber tenido en cuenta otros criterios que no pueden ser

¹⁵³Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia (art. 233-11.1); Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (Comunidad Autónoma del País Vasco, art. 9.3); Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (Comunidad Autónoma de Aragón, art. 80) y Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (Comunidad Foral de Navarra art. 3.3).

¹⁵⁴ Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia núm. 623/2009, de 8 de octubre. ROJ: STS 5969/2009.

¹⁵⁵ Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril. ECLI: ES:TS:2013:2246

tenidos en cuenta a la hora de resolver sobre la guarda y custodia¹⁵⁶ (STS nº. 94/2010, de 11 de marzo)¹⁵⁷.

Así, los deseos y voluntades del menor se pueden conocer a través de la audiencia del menor; sin embargo, el resto factores se observarán a través de otros medios de prueba. Tal y como dispone ABEL LUCH “*puede suceder que la voluntad expresada por el menor en el curso de la audiencia entre en contradicción con otros medios de prueba, particularmente con las consideraciones del dictamen de especialistas*¹⁵⁸”. Por lo que, al ser tanto el derecho de la audiencia del menor como la prueba (el dictamen de especialistas en este caso) de libre valoración, será el juez el que tenga que resolver entre las contradicciones atendiendo siempre al interés superior del menor.

Por lo tanto, en lo que respecta a la importancia de los deseos y la voluntad del menor en la ponderación de todos los factores mencionados anteriormente destacan varias Sentencias. En primer lugar, la Sentencia del TS 52/2016¹⁵⁹, de 11 de febrero al indicar que “*el interés expresado por el menor, sin que predetermine la decisión judicial, ha de concedérsele especial relevancia cuando no concurren otros datos que hagan pensar que su opinión puede conllevarle algún efecto negativo*” (citada en la SAP de Santander 204/2021¹⁶⁰, de 27 de abril) o, también en la Sentencia del TSJ Cataluña 1/2017¹⁶¹, de 12 de enero cuando precisa, sobre la opinión del menor, que “*Siendo cierto que no es el único criterio a tener presente, resulta especialmente relevante, de modo que para no atenderlo, debe justificarse que su deseo no se compadece con su interés.*” Por último, la Sentencia de la AP de Santander 232/2021¹⁶², de 10 de mayo dispone que los deseos del menor no son determinantes sino un “*elemento más a la hora de evaluar el régimen más*

¹⁵⁶ IBERLEY. *Custodia comparida paso a paso: análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de pareja*. COLEX, 2021, p. 21

¹⁵⁷ Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil). Sentencia núm. 94/2010, de 11 de marzo. ECLI: ES:TS:2010:963

¹⁵⁸ ABEL LUCH, X., “La audiencia del menor” *op.cit.*, p. 335

¹⁵⁹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 52/2016, de 11 de febrero. ROJ: STS 480:2016

¹⁶⁰ Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia 204/2021, de 27 de abril. ROJ: SAP S 294/2021

¹⁶¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 1/2017, de 12 de enero. ROJ: STSJ CAT 486/2017

¹⁶² Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia núm. 232/2021, de 10 de mayo. ROJ: SAP S 401/2021.

idóneo”; sin embargo, en la decisión sobre la guarda y custodia se tiene en cuenta sólo la voluntad del menor alegando que “(...) *la inexistencia de motivos suficientes para considerar que su deseo puede ser perjudicial para su interés constituyen motivos suficientes para que su opinión, en este caso, se respete esencialmente*”.

Así, de la Jurisprudencia se puede observar que la opinión y la voluntad del menor es un criterio al que se le debe dotar de especial relevancia, sin embargo, a pesar de ello, en la práctica judicial no es el primer criterio que se atiende en la resolución de los procedimientos de crisis familiares para decidir sobre el régimen de custodia. En el análisis de la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se observa que, el factor que más se tiene en cuenta al decidir sobre el tipo de custodia son los informes emitidos por el equipo psicosocial, destacando lo dispuesto por el CGPJ al establecer que “*llama la atención el automatismo con que se acoge este criterio resolutivo por un número importante de sentencias, en las que la motivación acerca del régimen de custodia adoptado se reduce a indicar que así lo aconseja el informe psicosocial*”. Así, la audiencia del menor sería el segundo factor más importante a tener en cuenta en el establecimiento del tipo de custodia siguiéndose “*de manera preferente por prácticamente todas las Audiencias Provinciales*” y siendo las Audiencias Provinciales de Albacete, Baleares, Granada, Murcia, Sevilla, Valladolid y Valencia las que más siguen los deseos manifestados por los menores (en más de un 85%), y las de Vizcaya, Barcelona o Tenerife las que menos (un 30-50%)¹⁶³.

¹⁶³ IBERLEY. *Custodia comparada paso a paso: análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de pareja*, op.cit., p.55

7. CONCLUSIONES

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado en todos los asuntos que le afecten para el correcto establecimiento de su interés superior, por lo que dicho derecho se manifiesta como un derecho fundamental. Así, la forma que tiene el menor de ejercer ese derecho es la audiencia, cuyo objeto es que el menor exprese su voluntad y deseos. Igualmente, parte de la doctrina y la Jurisprudencia del TS configuran la audiencia como un derecho del menor y no como un medio de prueba, siendo, además, una obligación del Juez cuando tiene carácter preceptivo pues si no es pedida por las partes debe apreciarse de oficio y su inobservancia supone la nulidad del procedimiento y la retrotracción de las actuaciones.

2. Inicialmente recogido en la normativa internacional (CDN en 1989), el derecho del menor a ser oído se traslada a la normativa española a través del art. 9 LOPJM, aunque no fue hasta la reforma producida por la LO 8/2015, de 22 de julio que se estableció la obligación de tener en cuenta la opinión del menor en la resolución judicial en función de su edad y madurez. En los procedimientos contenciosos de crisis familiar la audiencia se regula en los arts. 91, 154, 156 y 159 del CC y 770.4º LEC cuya regulación actual establece la obligación de dar audiencia a los mayores de doce años en todo caso y a los menores de doce años cuando se estime que tienen madurez suficiente.

3. La denegación de la audiencia del menor debe estar siempre motivada y sólo se podrá realizar en dos casos: 1) cuando el menor tenga menos de doce años y se estime que no tiene madurez suficiente, algo que deberá realizarse por personal especializado atendiendo a si el menor es capaz de expresarse de forma razonada, independiente, coherente y comprensiva sobre el asunto concreto; 2) a pesar de las diferentes opiniones doctrinales, la Jurisprudencia del TS establece que es posible denegar la audiencia en protección del interés superior del menor (tanto de los menores de doce años con suficiente madurez como de los mayores de dicha edad), pero de forma muy restrictiva pues los Juzgados cuentan con medios a través de los cuales se puede proceder a la realización de la audiencia sin menoscabo de dicho interés superior.

4. En la práctica de la audiencia, el menor, en principio, debe ejercer su derecho a ser oído y escuchado por sí mismo para lo que podrá estar asistido por intérpretes y realizarla a través de formas verbales y no verbales de comunicación, así como a través de un *nuntius*. Por otro lado, la opinión de los menores que no puedan ejercer ese derecho podrá ser conocida a través de otras personas que conozcan aspectos relativos al menor, aunque no se estará ejerciendo dicho derecho como tal. La forma de ejercer el derecho a ser oído y escuchado no está regulada de forma concreta, por lo que no hay unanimidad en los Juzgados, sin embargo, lo más importante es proteger el interés del menor a través de una audiencia adaptada a la edad y madurez del menor, tanto en el lenguaje como en el clima. Además, se realizará sin la interferencia de las partes, pero en presencia del Juez, el Ministerio Fiscal y, cuando sea necesario, con la asistencia de algún miembro del equipo psicosocial.

5. La opinión del menor debe tenerse en cuenta para resolver el procedimiento y debe constar, así como su valoración, en la resolución judicial. Eso no supone que sea vinculante para el juzgador, pero, en caso de que se aleje de la misma, deberá motivarlo. Además, será de deberá dar especial relevancia la opinión emitida por los menores próximos a cumplir la mayoría de edad cuando sea madura, firme, autónoma y razonada pues alejarse de sus deseos puede suponer un perjuicio para su interés o resultar la resolución ineficaz por su incumplimiento.

6. La valoración de la opinión es libre y se realizará en base a la sana crítica y experiencias del juzgador; sin embargo, el TS ha establecido tres criterios según los cuales la opinión del menor tendrá mayor o menor incidencia en la resolución final (si se cumpliesen los tres, se atendería sus voluntad): 1) opinión libremente emitida y no interferida; 2) que no atienda a meros caprichos o criterios de comodidad y bienestar y 3) que no haya otros criterios que desaconsejen la voluntad del menor en atención a su interés superior.

7. En primer lugar, la opinión del menor no debe estar interferida por terceros ni por sus progenitores, por lo que su opinión deberá ser libre y conforme a su propia voluntad. Sin embargo, esto es muy difícil de saber por el juzgador, para lo que será necesario que preste atención en la audiencia a si el menor se expresa de forma espontánea y natural atendiendo no sólo a lo que dice sino también a cómo se expresa. Igualmente puede

ocurrir que el menor haya sido objeto de manipulación por uno de sus progenitores para ponerle en contra del otro progenitor, para lo que será necesario observar el por qué de ese rechazo y, en caso de no encontrarse razón que lo justifique, será el Equipo Técnico Judicial el que determine si ha habido o no manipulación. En segundo lugar, la opinión del menor no debe atender a meros caprichos o criterios de comodidad. Así, el juzgador comprobará que no atiende a meros caprichos observando si el menor expresa su opinión de manera sensata, madura y con solidez en su discurso.

8. Por último, para atender la opinión del menor es necesario que no esté desaconsejada por la incidencia de otros criterios de los que se observe que su interés superior no coincide con su voluntad. El Derecho Común no establece qué criterios se deben tener en cuenta en los procesos de crisis familiar para valorarlos de forma ponderada junto con los deseos del menor (como sí realizan algunas regulaciones autonómicas); sin embargo, la Jurisprudencia del TS establece que se ponderarán, entre otros, las aptitudes de los progenitores o el cumplimiento de sus deberes paternofiliales. Así las cosas, en la práctica judicial las Audiencias Provinciales establecen la opinión del menor como el segundo criterio preferente para decidir sobre el tipo de guarda y custodia en los procesos contenciosos de crisis familiares, siendo los informes emitidos por el Equipo Psicosocial el factor que más se tiene en cuenta al tomar esta decisión.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LUCH, XAVIER. «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia.» En *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, de J. Pico y Junoy, editado por J.M. Bosch, 303-344. 2018.
- . *La prueba de reconocimiento judicial*. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 2012.
- BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES. «El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.» *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* 17, 2019: 5-21.
- BECERRIL, SOLEDAD. «Estudio del Defensor del Pueblo sobre La escucha y el interés superior del menor.» *Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Madrid: MIC, mayo de 2014.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. «ACCURSIO.» *La audiencia del menor que reside en país el extranjero: el Tribunal Supremo ha hablado cual oráculo de Delfos*. 15 de diciembre de 2021. <http://accursio.com/blog/?p=1406> (último acceso: 18 de enero de 2022).
- CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. «Medidas relativas a los hijos menores de edad. Atribución de la guarda y custodia y régimen de visitas.» *El contenido del Convenio Regulador : sus diferentes aspectos*, 2006: 96-168.
- CLAVIJO SUNTURA, J. HARRY. «La participación del menor en la audiencia de exploración.» *Revista Boliviana de Derecho*, nº 25 (enero 2018): 570-585.
- Consejo General del Poder Judicial. «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida .» 2020.
- Consejo General del Poder Judicial. «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género .» 2013.
- DE LA IGLESIA MONJE, MARIA ISABEL. «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 759 (2017): 345-369.
- ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida, aspectos jurídico-procesales*. Dykinson, 2018.
- GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen. «El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior dle menor.» *Derecho Privado y Constitución*, nº 23 (2009): 201-248.
- GARCÍA MEDINA, JAVIER. *Crisis matrimoniales y derechos de los menores. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Madrid: Lex Nova, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO. «Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021.» *Revista de Derecho de Familia*, noviembre 2021.

—. *Medios de prueba*. Vol. Los procesos de familia: una visión judicial. Madrid: COLEX, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO. «Relevancia de la voluntad de los menores adolescentes para el establecimiento y ejecución del régimen de visitas y estancias.» *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico N°23*, 2010: 14-25.

IBERLEY. *Custodia comparada paso a paso: análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de pareja*. COLEX, 2021.

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. «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.» *Derecho privado y Constitución*, 2009: 249-283.

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten.» *Derecho Privado y Constitución*, nº 19 (2005): 165-223.

MOYA FEDERICO, ARNAU. «La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas.» *Actualidad Jurídica Iberoamericana N°13*, 2020: 410-443.

NUÑEZ ZORRILLA, CARMEN. «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.» *Persona y derecho* 73 (2016): 117-160.

PADILLA RACERO, DOLORES. *El falso síndrome de alienación parental*. Málaga: Publicaciones divulgación científica. Universidad de Málaga, 2017.

Relaciones Paterno-filiales. Colección Derecho de Familia. Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

RODA y RODA, DIONISIO. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Thomson reuters, 2014.

SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. «El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos.» *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 2018-II, nº 38 (diciembre 2018): 211-245.

TEJEDOR HUERTA, MARÍA ASUNCIÓN. «El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o diorcio.» *Anuario de Psicología Jurídica* 22 (2012): 67-75.

VARELA PORTERA, MARÍA JOSÉ. «Separación y divorcio.» *Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ)*, 2005.

ZAERA NAVARRETE, JUAN I. «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS NÚM. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013).» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015: 793-810.

9. ANEXO. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 64/2019, de 9 de mayo. BOE: núm. 138, de 10 de junio de 2019. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8645>
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 99/2019, de 28 de julio. BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019. ECLI:ES:TC:2019:99. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-11911>

TRIBUNAL SUPREMO

AUTOS:

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Auto 8254/2021, de 16 de junio. ROJ: ATS 8254/2021. Disponible en:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f077d7d93cd13625/20210628>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Auto 10642/2021, de 21 de julio. ROJ: ATS 10642/2021. Disponible en:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c4e89d0f4bfa12a/20210803>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) Auto 15238/2021, de 17 de noviembre. ROJ: ATS 15238/2021. Disponible en:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4df08ba3c72b6d82/20211129>

SENTENCIAS

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 623/2009, de 8 de octubre. ROJ: STS 5969/2009. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f0a1621918bded5a/20091029>

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 94/2010, de 11 de marco. ROJ: STS 963/2010. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f2245cfcba1a6cbd/20100325>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril. ECLI: ES:TS:2013:2246. Disponible en: <https://vlex.es/vid/guarda-custodia-compartida-jurisprudencial-438316050>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 413/2014, de 20 de octubre. ROJ: STS 4233/2014. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c843044a0bb78e44820713e91c11c1311416911>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 52/2015, de 16 de febrero. Disponible en: <https://vlex.es/vid/559006414>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 52/2016, de 11 de febrero. ROJ: STS 480/2016. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e3118de732c79a1d/20160223>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 162/2016, de 16 de marzo. ES:TS:2016:1295 Disponible en: <https://vlex.es/vid/632399177>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 519/2017, de 22 de noviembre. ROJ: STS 3327/2017. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0d90f9182bdf59c7/20170929>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero. ROJ:41/2018. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/223c98df83872835/20180126>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 206/2018, de 11 de abril. ROJ: STS 1351/2018. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4154c067afb88a8d/20180420>

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 561/2018, de 10 de octubre. ROJ: STS 3479/2018. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2005bdd1b944dc86/20181022>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 548/2021, de 19 de julio, ROJ: STS 3028/2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bd6cc8a2c654e83/20210730>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 577/2021, de 27 de julio. ROJ: STS 3299/2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/43b1bc3dd1b06af9/20210920>
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 705/2021, de 19 de octubre de 2021. ROJ: STS 3863/2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9c9b9430d33d5f97/20211102>

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm.18/2012, de 23 de febrero. ROJ: STSJ CAT 1943//2012. Disponible en: <http://asociacionpactum.org/jurisprudencia/jurismediacion/tsjs/STSJ%20Cataluna%2023-02-2012.pdf>
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 16/2013, de 12 de marzo. ROJ: STSJ AR 9/2013. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af0a28772671c39a/20130408>
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 2/2014, de 9 de enero. ROJ: STSJ CAT 5/2014. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/65b9e4bc1001b22e/20140213>

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 29/2015, de 4 de mayo de 2015. ROJ: STSJ CAT 5647/2015. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bb1461c982a5b12f/20150724>
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 1/2017, de 12 de enero. ROJ: STSJ CAT 486/2017. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b1118e62d344eed4/20170405>
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 49/2021, de 30 de septiembre. ROJ: STSJ CAT 9255/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b34c821441656abc/20211229>

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª). Sentencia núm.2/2017, de 16 de febrero. ROJ: SAP CR 120/2011. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/28e8003b07ea582b/20110505>
- Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 310/2014, de 3 de octubre. ROJ: SAP T 1216/2014. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=AN&reference=7236997&links=&optimize=20141229&publicinterface=true>
- Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia núm. 65/2016, de 6 de abril. ROJ: SAP TO 345/2016. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f619fe5e812e8298/20160516>
- Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 6ª). Auto núm. 90489/2018, de 28 de diciembre. ROJ: AAP BI 1705/2018. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/51df0bc90cdb671a/20190221>

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 186/2019, de 14 de febrero. ROJ: SAP M 12257/2019. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/85ad50ee9afb61a8/20191203>
- Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª). Sentencia núm. 81/2018, de 16 de febrero. ROJ: SAP VA 271/2018. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a02e8e403ea06ec9/20180503>
- Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª). Sentencia núm. 86/2019, de 13 de marzo. ROJ: SAP CR 352/2019. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ba3a6be3564b2bd3/20190514>
- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª). Sentencia núm. 254/2019, de 7 de mayo. ROJ: SAP A 2466/2019. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/52832ebf6ba5daeb/20191018>
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia núm. 1003/2019, de 26 de noviembre. ROJ: SAP M 16176/2019. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9f389983ee569e80/20200305>
- Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª). Sentencia núm. 1438/2019, de 2 de diciembre. ROJ: SAP BI 2659/2019. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5cddeda89582189c/20200323>
- Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª). Sentencia núm. 45/2020, de 14 de enero. ROJ: SAP BI 248/2020. Disponible es: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74e28c3b855481cc/20200617>
- Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 176/2020, de 15 de mayo. ROJ: SAP SA 184/2020. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a93a6643d39d9b99/20200623>

- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Sentencia núm. 333/2020, de 15 de junio. ROJ: SAP PO 1011/2020. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/df850c5b28e340eb/20200804>
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª). Sentencia núm. 963/2020, de 10 de octubre. ROJ: SAP MA 1567/2020. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/209613d8809741fb/20210219>
- Audiencia Provincial de A Coruña (A) (Sección 5ª). Auto núm. 119/2020, de 29 de octubre. ROJ: AAP C 1149/2020. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6af5799b7bd8c66/20210205>
- Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia núm. 589/2020, de 29 de octubre. ROJ: SAP S 1137/2020. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/869a23ce1f2b3122/20201215>
- Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia núm. 467/2020, de 22 de noviembre. ROJ: SAP S 1402/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ca7684982bbb7e68/20211216>
- Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 815/2020, de 9 de diciembre. ROJ: SAP T 1759/2020. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª). Sentencia núm. 1313/2020, de 9 de diciembre. ROJ: SAP GI 1830/2020. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª). Sentencia núm. 134/2021, de 8 de febrero. ROJ: SAP MA 180/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/28d7c9c2d83d3dc1/20210602>

La incidencia de la voluntad del menor en los procesos de crisis familiares

- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª). Sentencia núm. 106/2021, de 29 de marzo. ROJ: SAP PO 625/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c24f3065e0dc9938/20210526>
- Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia 204/2021, de 27 de abril. ROJ: SAP S 294/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/17e26ab87b0e6d71/20210514>
- Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª). Sentencia núm. 232/2021, de 10 de mayo. ROJ: SAP S 401/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/adc87545bfdc7e18/20210601>
- Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia núm. 1076/2021, de 1 de septiembre. ROJ: SAP NA 1469/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1efea7d77b17d907/20211026>
- Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 673/2021, de 8 de noviembre. ROJ: SAP SA 829/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a2d2a4f46109958e/202102128>
- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª). Sentencia núm. 460/2021, de 9 de noviembre. ROJ: SAP PO 2499/2021. Disponible en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6bd2d14d5a04a7a7/202102128>