

LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA AUDIENCIA DE  
EXPLORACIÓN

*THE CHILD'S PARTICIPATION IN THE HEARING*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 570-585*



J. Harry  
CLAVIJO  
SUNTURA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 3 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** El trabajo se encuentra orientado a realizar un análisis sobre la participación del niño en la audiencia de exploración en la legislación española. En ese marco, a manera de introducción se realiza una breve exploración sobre el tema, luego de ello, se efectúa un estudio sobre cuándo se debe oír al menor, asimismo, se analiza la forma de realizar la audiencia. En ese sentido, se explora la participación de varias personas en la audiencia de exploración y la forma de constancia de la audiencia, igualmente, se analiza quién debe determinar la obligatoriedad de la audiencia y se estudia la importancia de la participación directa del menor, así como la función de los especialistas. Se concluye el trabajo, resaltando en que si bien el menor tiene derecho a ser oído no existe una norma que indique cómo se debe llevar a cabo este proceso.

**PALABRAS CLAVE:** Participación, menor, audiencia, legislación española.

**ABSTRACT:** The paper is aimed at giving an analysis of the child's participation in the hearing in the Spanish legal system. After a brief general introduction to the subject follows an account on when to hear to the child and how to conduct the hearing, also in the sense of who is to take part in the hearing and of the form of recording the hearing. It is also laid out who should determine the necessity of the hearing and decide on the direct participation of the child, as well as the role of experts. The study concludes emphasizing that although the child has the right to be heard there is no fixed rule that indicates how this process should be carried out.

**KEY WORDS:** Participation, child, hearing, Spanish legal system

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INTERVENCIÓN DEL MENOR.- III. FORMA DE CELEBRAR LA AUDIENCIA.- IV. PARTICIPACIÓN DE VARIAS PERSONAS EN LA AUDIENCIA DE EXPLORACIÓN.- V. FORMA DE CONSTANCIA DE LA AUDIENCIA.- VI. LA OBLIGATORIEDAD DE LA AUDIENCIA PARA APROBAR EL CONVENIO.- VII. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DEL MENOR Y LA FUNCIÓN DE LOS ESPECIALISTAS.- VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Se tiene que partir del principio de participación del niño/menor<sup>1</sup> que el derecho le reconoce mediante la libertad de expresión en los temas que le atañen en función a su edad y madurez como ser la libre opinión de sus deseos, creencias, y sentimientos. De esta manera, el menor ante la sociedad es considerado como sujeto autónomo, con capacidad para ejercer sus derechos activamente de forma progresiva con el objetivo de contribuir a su formación<sup>2</sup>

En ese marco, se debe resaltar que en algunos menores más que en otros se corre el riesgo de que su participación en el proceso conlleve secuelas negativas en su desarrollo<sup>3</sup>. De esta afirmación surge la interrogante de ¿Cómo se debe actuar? O si es conveniente ¿Dejar que otros decidan por él?

Este es un tema álgido que la reforma de la ley del Divorcio de 2005<sup>4</sup>, no ha resuelto, habiéndose limitado el legislador a dejar sin efecto el carácter obligatorio de la audiencia del menor y fijando su realización a casos estrictamente necesarios, que deben ser valorados por el Juez. Siendo así, que en procesos contenciosos será más frecuente su celebración que en los supuestos de acuerdo entre progenitores

- 1 Se debe aclarar que en la legislación española se utiliza el término "menor", no así en los países de Sudamérica y Centroamérica donde prepondera la utilización del término "niño". En el desarrollo del presente trabajo se utilizará el término menor toda vez que se analiza la legislación española.
- 2 PACHECO DE KOLLE, S.: *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Alexander, Cochabamba-Bolivia, 2004, pp. 19 y 88.
- 3 Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005, p. 62.
- 4 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

### • J. Harry Clavijo Suntura

Es Profesor de Derecho Civil de la Universidad Técnica del Norte de Ibarra-Ecuador, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, fue investigador visitante del Instituto Iberoamericano de Salamanca, realizó estancias de investigación en el Instituto Iberoamericano de Berlín, así como en el Instituto Alemán de Derechos Humanos, igualmente fue responsable de Prevención de Blanqueo de Capitales del grupo Global Exchange en España y sus filiales. Correo electrónico: jhclavijo@utn.edu.ec

vía convenio regulador. Por otra parte, cabe preguntarse ¿Cuándo el menor tiene suficiente juicio? El hecho de que éste cuente con 12 años no es garantía para acreditar su madurez. Asimismo, tampoco el legislador ha previsto el modo en que la audiencia se llevará a cabo, existiendo diferentes posturas; primero, que la exploración sea tomada por un experto, y que tanto el Juez como las partes a través de espejos unidireccionales, o grabaciones de imagen y sonido puedan seguir su desarrollo, segundo, que el equipo de especialistas tenga a su cargo la audiencia, con participación excepcional del Juez, no obstante, esto puede limitar la espontaneidad e intimidar al menor. Sumado a ello, otro tema de discordia se evidencia en la forma de constancia de la audiencia, aconsejándose una relación detallada que no inmiscuya a los hijos en los problemas de sus padres<sup>5</sup>.

En el desarrollo del trabajo, se analizará en primer término ¿Cuándo se debe oír al menor? Luego de ello, se estudiará la forma de celebrar la audiencia, de forma posterior, se valorará la participación de varias personas en la audiencia de exploración, y la forma de constancia de la audiencia, asimismo, se explorará ¿Quién debe determinar la obligatoriedad de la audiencia? Igualmente, se analizará la importancia de la participación directa del menor, así como el rol de los especialistas, y por último, se realizarán las conclusiones del trabajo en base a lo analizado.

## II. LA INTERVENCIÓN DEL MENOR

Con referencia a la sujeción por parte del legislador a oír al menor en casos estrictamente necesarios, este adopta una posición intermedia, -no se obliga pero tampoco se rechaza la intervención del menor-, así, el inciso 2 del artículo 92 del Código Civil (CC), reconoce expresamente el derecho que éste tiene a ser oído, pero ni esta regulación, ni tampoco el inciso 6 del mismo artículo, citan el interés del menor como condición para tomar la determinación de oír al menor. Pese a ello, en caso de ser oído su intervención se constituye en un indicio que si bien no es vinculante, puede constituirse en la piedra fundamental que haga prevalecer su voluntad, especialmente cuando las partes no aporten suficientes pruebas que coadyuven a la solución del problema<sup>6</sup>.

Asimismo, Martínez Gallego<sup>7</sup> con relación al inciso 6 del art. 92 del CC español, que establece que: “el Juez en todo caso antes de decidir la custodia de los hijos

5 Vid. ARANGUENA FANEGO, C. y RODRÍGUEZ MERINO, A.: “Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.): *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 349-361. Las mismas deficiencias menciona SERRANO ALONSO, E.: “De las relaciones paterno-filiales”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.): *Comentario del Código Civil*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, Tomo II, 2006, p. 446.

6 Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial*, cit., pp. 45, 46 y 49.

7 MARTÍNEZ GALLEGU, E. Mª.: “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A. E IBAÑEZ MARTÍNEZ, Mª. L. (Eds.): *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pp. 264-265. De

deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio, a requerimiento del Fiscal, a petición de la partes, del propio menor o miembros del Equipo Técnico Judicial”, oportunamente sostiene que dicha redacción transgrede la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) de 1996<sup>8</sup>, pues, conculca el derecho que tienen los menores a ser oídos en el caso que tengan más de doce años, al haberse condicionado por parte del legislador en la reforma de 2005 la celebración de la audiencia a casos estrictamente necesarios o a petición de los sujetos procesales que actúan como partes en el proceso judicial.

Si bien el hecho de tener doce años no garantiza que el menor tenga suficiente juicio, no se puede establecer otro criterio concluyente para determinar o limitar su participación en el proceso, a menos que tenga una enfermedad mental o impedimento físico que impida su desenvolvimiento normal ante una situación de separación o divorcio.

Sobre el tema, el profesor Alonso Pérez<sup>9</sup> de forma acertada señala que: “se ha convertido en un derecho inherente al menor, que le acompañara siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen indirectamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar y social”.

En este caso hay que recordar que el menor se encuentra en una situación de crisis familiar que afecta directamente a su formación y desarrollo, por lo tanto, la participación del menor se torna ineludible para analizar su futuro.

Esto no significa que el criterio del menor por el solo hecho de tener doce años tenga que ser cumplido, sino que sea tomado en cuenta previa valoración de los acontecimientos que propiciaron la ruptura de la estructura familiar funcional<sup>10</sup>.

Igualmente, el inciso 4 del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), establece que se tiene que oír al menor cuando tenga suficiente juicio y en todo caso cuando haya cumplido 12 años, en lo que concierne a la forma de realizar la audiencia se limita a señalar que deben existir condiciones idóneas y que no se presenten interferencias de otras personas, siendo conveniente recabar el auxilio

---

igual manera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador): *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 215, sostiene que: “Esta norma supone un importante paso atrás en comparación con el derecho anterior, pues antes había que oír necesariamente al mayor de doce años y al menor de esa edad si tenía juicio suficiente (viejo art. 92. II)”.

8 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9 ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 6-12 de enero de 1997, p. 25.

10 En el mismo sentido se pronuncia la SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 20 marzo 1992. Por otro lado, la STS 25 junio de 1994 (RJ 1994, 6502) sostiene que el menor tiene derecho a ser oído siempre que tenga suficiente juicio, sin que se haga mención a una determinada edad.

de especialistas en casos estrictamente necesarios<sup>11</sup>. De igual forma, el inciso 5 del artículo 777 de la LEC, es reiterativo en lo que atañe a la facultad de oír al menor cuando tenga suficiente juicio o cuando se estime necesario, pero en ambas disposiciones el legislador se abstiene de hacer referencia al interés del menor.

Así pues, se aprecia que en lugar de haberse esclarecido las controversias, existen más dudas sobre el tema, pese a ello, la audiencia de exploración al menor tiene vital importancia para decidir lo que es mejor para él<sup>12</sup>.

### III. FORMA DE CELEBRAR LA AUDIENCIA

*A priori* no se puede establecer una forma concreta para celebrar la audiencia de exploración, tomando en cuenta que los menores son personas diferentes uno del otro, del mismo modo que las situaciones de separación y divorcio son heterogéneas. En ese marco, se tiene que preponderar exclusivamente en satisfacer el interés del menor, mediante una valoración y análisis individual de cada caso, y para que esto ocurra se debe recurrir al ingenio y creatividad de los Administradores de Justicia y los equipos de especialistas adscritos a los juzgados.

La utilización de medios audiovisuales puede coadyuvar a descifrar la voluntad y sinceridad del menor en su declaración, sin que se corra el riesgo de violar su intimidad, por cuanto las grabaciones tienen que sujetarse a realizar únicamente una exploración en concordancia con el objetivo de la audiencia, y de ninguna manera debe consistir en someter al menor a un seguimiento constante sobre todas sus actuaciones.

En cuanto a la utilización de estos medios, dependiendo del ámbito espacial y del lugar de aplicación se puede tener problemas de tipo económico en lo que se refiere a la adquisición de dichos aparatos.

De ser así, 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 audiencia.

---

11 Sobre el inciso 9 del art. 92 del CC y el art. 770.4 III de la LEC, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 215, sostiene que en la exploración de los menores a diferencia del derecho de audiencia que a éste le corresponde, el menor interviene en el proceso judicial para ser sometido mediante un análisis material o psicológico a una prueba pericial.

12 En ese marco, la STC 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005/152), sostiene que la falta de audiencia del menor en un proceso judicial, en situaciones donde legalmente sea exigible dicho derecho vulnera la tutela judicial efectiva, en ese sentido, el Juez debió haber oído a los dos menores, antes de decidir la aplicación del régimen de custodia. En la misma línea, la STS 7 de marzo de 2017 (157/2017) señala que: antes de determinar la guarda y custodia de los hijos, se debe oír al menor de forma adecuada preservando su intimidad y de acuerdo a su desarrollo evolutivo. De igual forma, la STS 20 octubre de 2014 (536/2014) determina que en lo referente a la asignación de la guarda y custodia, el menor debe ser oído de acuerdo a su madurez y cuando tenga suficiente juicio, e igualmente siempre y cuando sea mayor de 12 años. En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 de octubre de 2014 (413/2014).

No obstante, un sector de la doctrina señala las siguientes pautas básicas a tener en cuenta al momento de llevar a cabo la exploración del menor: establecer un buen contacto inicial con el menor; sondear lo que espera éste al acudir al Juzgado, mantener el secreto de ciertos contenidos de la exploración, especialmente si el menor lo ha solicitado, obtener una información general de su pensamiento, informarle sobre la neutralidad de la actuación del Juez, y evitar preguntas directas como por ejemplo con cuál de los padres prefiere vivir<sup>13</sup>.

Sin duda, son premisas necesarias que se deben tomar en cuenta al momento de la exploración del menor con la finalidad de lograr que el resultado de dicha audiencia sea positivo para determinar y precautelar el *bonus filii*.

#### IV. PARTICIPACIÓN DE VARIAS PERSONAS EN LA AUDIENCIA DE EXPLORACIÓN

La presencia de varias personas en la audiencia de exploración al menor; si bien facilitaría la labor del Juez, también puede dificultar la participación del hijo al verse afligido por encontrarse en dicha situación. Lo aconsejable es que este se encuentre durante la audiencia libre de presión. En ese marco, las Autoridades Judiciales de forma conjunta con los equipos psicoasistenciales deben procurar que la exploración se lleve a cabo de la manera más distendida posible, haciendo que el menor pueda expresar sus ideas y sus deseos sin que se sienta culpable de lo que está aconteciendo a su alrededor<sup>14</sup>.

Es decir, el menor no debe sentirse condicionado a las circunstancias a emitir una opinión parcializada, sino que debe actuar de manera espontánea y libre cual si fuera una conversación habitual, no obstante es aconsejable que exista la presencia de un psicólogo<sup>15</sup>.

Esta postura se constituye en una alternativa, tomando en cuenta que el menor tiene que sentirse relajado y en un ambiente de tranquilidad cuando se lleve a cabo la audiencia, en este supuesto el domicilio familiar es el lugar adecuado para reemplazar al recinto judicial y en caso de ser desaconsejable su utilización

13 Siguiendo a PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: "Patria Potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.): *Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005, p. 206.

14 En ese sentido, VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil*, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997, pp. 78-79, sostiene que: "No existen reglas para la forma de la clase de prueba relativa a oír al hijo menor de edad. Es apropiado el rompimiento de cualquier molde solemne para su práctica: nada de pliegos de preguntas, fuera las formulas arcaizantes, evitación terminante de togas, olvido de vocablos forenses. Se impone una circunstancia de confianza, por lo que se eliminarán los rigorismos formales. Para facilitar la comunicación, es idóneo que el Juez y el explorado se encuentren en idéntico plano: sobra la separación impuesta por la mesa del despacho. Lo ideal sería la presencia dual; el Juzgador y el entrevistado... Los padres nunca deben observar el desarrollo de la diligencia; tampoco los abogados y los procuradores de los tribunales. Conviene la máxima discreción en la misma mediación del secretario judicial".

15 Vid. BANDERA M.: "Opinión del menor", en el magazine del periódico *La Vanguardia* de 17 de octubre de 2004.

por asociarse a situaciones de maltrato o violencia intrafamiliar, es aconsejable procurar la creación de un ambiente alternativo que reúna las condiciones para realizar la exploración al menor.

## V. FORMA DE CONSTANCIA DE LA AUDIENCIA

Ciertamente, es conveniente no inmiscuir al menor en los conflictos de sus progenitores, pero el tema de la custodia ineludiblemente debe ser analizado de forma conjunta –menor, padres, Juez, Fiscal, abogados litigantes y especialistas-, en ese sentido, es necesario la elaboración de una relación detallada de su contenido porque sino, se corre el riesgo de que el Juez realice una interpretación arbitraria que produzca indefensión en una de las partes y lo que es más grave pueda verse perjudicado el menor<sup>16</sup>.

De igual manera, es conveniente que exista una relación detallada de la audiencia de exploración al menor, para comprobar si durante el desarrollo de la audiencia el menor ha actuado libre y espontáneamente, o si ha sido influenciado por el o los sujetos exploradores.

## VI. LA OBLIGATORIEDAD DE LA AUDIENCIA PARA APROBAR EL CONVENIO

Con relación a la necesidad o no de realizar la audiencia, se afirma que cuando existe acuerdo entre los progenitores sobre la custodia se prescinda de la exploración al menor, surgiendo ante ello la siguiente interrogante ¿En los hechos los padres pueden garantizar que el acuerdo no atente contra el beneficio del menor?

De conformidad al artículo 90 del CC, debe ser el Juez quien verifique si el contenido del acuerdo es o no dañino para el menor, pero en situaciones normales respetando la libertad contractual de las partes, con cláusulas bien elaboradas que por cierto están realizadas, ya sea por el abogado de una de las partes, o por los abogados que cada sujeto procesal ha contratado será muy difícil que la Autoridad Judicial mediante este documento pueda descubrir alguna anomalía<sup>17</sup>.

En términos procesales la aprobación o rechazo del convenio regulador se circunscribe a un solo acto, en cambio, si hay un proceso contencioso existe un periodo de prueba para desvirtuar las actitudes contrarias al interés del menor, por parte de los sujetos procesales y del Ministerio Público. Por eso, si bien es

16 VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", cit., p. 78.

17 Con la excepción de casos extremos que dispongan por ejemplo, el cambio de bienes materiales por ceder la custodia o el ejercicio de la patria potestad, que sin embargo, dudamos se puedan presentar al ser documentos elaborados por profesionales.



un derecho del menor la posibilidad de ser oído ante Autoridad Judicial, no es conveniente prescindir de esta facultad<sup>18</sup>.

Pues, de lo contrario surge la siguiente interrogante ¿En el supuesto de prescindir de la audiencia de exploración al menor por existir acuerdo entre los padres, con esta actitud, no se estaría fomentando a que los supuestos de maltrato y violencia permanezcan invisibles? En esa consideración, por ejemplo, el beneficio del menor quedaría en segundo plano puesto que se prescinde de su participación directa.

## VII. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DEL MENOR Y LA FUNCIÓN DE LOS ESPECIALISTAS

Se ha convertido en una opinión generalizada el hecho de afirmar que en las situaciones de separación o divorcio se utiliza al menor como un instrumento para conseguir objetivos personales, y que su participación en el proceso tiene consecuencias negativas en el plano psicológico<sup>19</sup>.

Al respecto, hay que resaltar que se debe escuchar el testimonio del menor como sujeto activo de la relación con los progenitores, por cuanto, él forma parte de esa estructura familiar<sup>20</sup>. En ese sentido, si los cónyuges son los responsables de la crisis, lo menos que se puede hacer en una situación de dichas características es oír sus deseos, toda vez que, de lo que se decida depende su formación y desarrollo presente como también futuro, además que, dependiendo de su edad puede convertirse en una fuente útil de información para el proceso.

Es así, que el menor se constituye en el directo interesado de lo que va a suceder en su vida presente y futura, tomando en cuenta que los progenitores pueden reorganizar su vida sentimental una vez roto el vínculo conyugal o la unión de hecho –si es que no lo han hecho todavía-, así, pues cabe preguntarse ¿Quién reconstruye la vida del menor o quién reorganiza su vida? Sin duda debe ser él, quien asuma este rol como mínimo declarando cuales son sus deseos y expresando si quiere convivir, sólo con uno de los progenitores o con ambos.

Con referencia al suficiente juicio, es una lastima que no exista un parámetro definitivo que determine esta aptitud, toda vez que se corre el riesgo de que el Juez que atiende la causa se maneje a libre albedrío, pues, si no está interesado en oír la versión del menor o no quiere dar credibilidad a su testimonio, procurará encontrar un argumento, que desvirtúe su capacidad para actuar. Por eso, en el

18 Véase: La Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, Libro II, del juicio ordinario.

19 Ver por todos GONZÁLEZ VICENTE, M. P.: "Siete años en el Juzgado de Familia", en *Diez años de abogados de familia*", obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Madrid, 2003, pp. 177-178.

20 Si bien fueron los progenitores quienes decidieron su concepción, esto no significa que el menor sea de su propiedad.

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 que pueda asumir el Juez.

Si bien en los hechos existe el peligro de que el menor pueda ser utilizado, las consecuencias deben ser asumidas por el progenitor manipulador, así, la Autoridad Judicial tendrá más argumentos para no satisfacer su petición procesal, por ejemplo con relación a la obtención de la custodia.

En este sentido, es imprescindible desde el plano netamente jurídico, que todos los actores de un proceso contencioso familiar participen activamente en su desarrollo, en aras de determinar lo que mejor corresponda.

Con referencia a las consecuencias psicológicas negativas que pueda tener la participación del menor en un proceso, se requiere una investigación adecuada al ámbito jurídico que no es objeto del presente trabajo-. Sin embargo, hay que resaltar que la audiencia no está condicionada a que se deban cumplir expresamente los deseos del menor, sino que se decida lo mejor para su presente y futuro.

La solución de los problemas que plantea la presencia del menor ante estrados judiciales, se tiene que encarar mediante campañas de información y de difusión que hagan tomar conciencia tanto a los Administradores de Justicia como a los progenitores sobre el derecho que tiene el menor a ser oído y la importancia de su participación en situaciones de separación o divorcio, contemplando la crisis familiar como una posibilidad real que se presenta en una sociedad, sin que ello, tenga que influir negativamente en el menor.

Hay que reconocer la existencia de este tipo de campañas, no obstante, la recepción por parte de los destinatarios no ha tenido el efecto deseado, por este motivo, urge replantearse el enfoque con el que se debe difundir el respeto por los derechos del menor, sin olvidar los deberes que éste tiene con sus progenitores.

Las modificaciones que se realizan a los Códigos sustantivo y procesal no finalizan con su promulgación, sino que es importante la recepción y percepción que tiene la sociedad civil en su conjunto sobre los cambios introducidos, así como también se debe realizar un seguimiento a la ejecución de las resoluciones judiciales.

En virtud a todo lo expuesto, hay que señalar que la obligación de oír al menor que se prevé en los artículos 92. 2, 154. 5 y 159 del Código Civil español es insuficiente, se requiere una norma que establezca que si la opinión del menor coincide con su interés y se encuentra respaldada por el informe de especialistas,

si bien no tiene que ser vinculante para el Juez, al menos debe ser influyente en la concreción de su interés<sup>21</sup>.

De todo ello, se deduce que oír al menor es un derecho que éste tiene, pero no existe una norma que indique cómo se debe oírle. Hasta el momento, únicamente se tienen algunos consejos, que quedan en la nada por las críticas a las que son sometidas dichas recomendaciones, especialmente desde el campo de la psicología. Independiente de ello, desde el punto de vista netamente jurídico, el Juez tiene que oír al menor ya sea de forma directa o indirecta –por medio de los especialistas-. De otro modo, no es posible imaginarse quien garantizaría el respeto por su interés, concretamente cuando los progenitores en situaciones de controversia no pueden adoptar una decisión en bien del menor y siendo que ante Autoridad Judicial profundizan sus diferencias. Por este motivo, resulta imprescindible que el Juez escuche a la parte interesada, en este caso a los hijos menores de edad para determinar lo que es mejor en su beneficio.

Así, hay quien sostiene que en virtud del artículo 9. 2 de la LOPJM, el menor puede decidir su participación en un proceso por si mismo o mediante sus representantes legales, es decir, no es obligatoria la presencia directa del menor ante el Juez, salvo en casos polémicos, en cambio, indirectamente se prevé su participación a través de sus representantes legales, llámese psicólogos o educadores<sup>22</sup>.

La Jurisprudencia, a través de la STC 141/2000, de 29 de mayo<sup>23</sup>, sostiene que los menores de edad son titulares plenos de sus Derechos Fundamentales, y que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos no debe ser atribuido por completo a los titulares de la patria potestad, sino que se modulará en función a la madurez del menor y la evolución de su capacidad de obrar.

Esta sentencia pone de manifiesto que tiene que ser el menor en primera persona quien participe en la determinación de su interés respecto al presente y futuro de su formación personal, ésto no significa que los titulares de la patria potestad no tengan potestad para ejercer la autoridad parental, sino que en

21 Sobre el tema, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 sostiene que se debe tomar en cuenta las opiniones del menor; ésto significa que la actuación del Juez no debe limitarse a oír al menor; De igual manera, la SAP Huesca 31 marzo 1995 (AC 1995, 561), manifiesta que si la voluntad del menor es razonada y razonable se constituye en una buena expresión de considerar lo más beneficioso para él. Asimismo, SAP Barcelona (Sección 12ª) 20 abril 2005 (JUR 2005, 126782), resuelve que para resolver la atribución de la custodia de los hijos ha sido conveniente oír al menor y tomar en cuenta su voluntad. Por su parte, la STC 152/2005, de 6 junio (RTC 2005, 152), dispone retrotraer lo actuado al momento anterior al de dictarse Sentencia para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia, se oiga a los menores de forma adecuada a su situación y a su desarrollo.

22 Siguiendo a ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimonial*, Civitas, Navarra, 2006, pp. 122-123.

23 Vid. STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141). Resolución que por cierto, también ha sido analizada en el capítulo referente al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares.

un proceso de separación o divorcio, el dilema de su situación es aconsejable que sea asumido por el propio menor. Con ello se evitaría también que padres irresponsables pretendan asumir la representación total de sus hijos, pues de no ser así, surge la siguiente interrogante ¿De qué manera podría asumir su responsabilidad sobre el menor, aquel progenitor que ha incumplido sus deberes?

Al respecto, en asuntos ordinarios sobre temas que no merezcan controversia, la participación del menor es suficiente de forma indirecta mediante informes de especialistas de conformidad al inc. 9 del artículo 92 del CC, pero en temas extraordinarios de suma importancia o controvertidos es necesaria la intervención directa del menor ante la Autoridad Judicial con apoyo de un grupo psicoasistencial<sup>24</sup>.

Es importante la participación de este equipo en función a su formación técnica especializada, que puede resultar útil para dilucidar las controversias eficazmente, a diferencia de los conocimientos del Juez que se encuentran limitados en esta esfera<sup>25</sup>.

Sobre este tema y el interés del menor Zarraluqui<sup>26</sup> afirma que:

“Lo esencial es que seamos conscientes de que ese beneficio a veces es de difícil conocimiento y determinación, porque sabiendo de su dificultad quizá nos apliquemos con conciencia y atención a su descubrimiento en cada caso particular, mejorando nuestra formación para conocerlo y acudiendo a los auxilios expertos en nuestra ayuda para encontrarlos”.

Se evidencia así, que en situaciones controvertidas pese a la voluntad del Juez, es conveniente acudir al informe de expertos quienes a través de sus conocimientos coadyuvarán a la resolución de las controversias que se presentan en un proceso de separación o divorcio, propiciando la participación activa del menor, con la finalidad de determinar su mejor beneficio.

## VIII. CONCLUSIONES

En virtud a lo desarrollado en el presente trabajo, se ha evidenciado que si bien el menor tiene derecho a participar de forma activa ante el Juez, no existe una regulación que indique la forma concreta sobre cómo se debe oír al menor que se encuentra en una situación donde se tiene que determinar lo mejor para él.

24 Sobre el inciso 9 del artículo 92 del CC y el art. 770.4 III de la LEC, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 215, sostiene que el menor interviene en los procesos para ser objeto de una prueba pericial.

25 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimoniales*, cit., p. 124.

26 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en *VVAA: Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 31.

En ese sentido, la obligación que se tiene de oír al menor en la legislación española resulta insuficiente, por lo que, es necesaria la implementación de una norma que determine la forma de llevar a cabo todo el proceso de audiencia de exploración del menor.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.: "La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras", en *Actualidad Civil*, núm. 2, 6-12 de enero de 1997.

ARANGUENA FANEGO, C. y RODRÍGUEZ MERINO, A.: "Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: (Dir), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

BANDERA M.: "Opinión del menor", en el magazine del periódico *La Vanguardia* de 17 de octubre de 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, 2º ed., Edit. Aranzadi, Navarra, 2006.

LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M.: *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M<sup>a</sup>: "Las recientes reformas del Derecho de Familia", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. e IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. L. (Eds.): *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Civitas, Navarra, 2006.

PACHECO DE KOLLE, S.: *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Alexander, Cochabamba- Bolivia, 2004.

PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: "Patria Potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.): *Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005.

SERRANO ALONSO, E.: "De las relaciones paterno-filiales", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.): *Comentario del Código Civil*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, (Tomo II), 2006.

VARELA GARCÍA, C.: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil*, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", en *VVAA: Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006.

## **X. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.**

### **I. Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005/152).

STC 141/2005, de 29 de mayo (RTC 2000/141).

### **2. Sentencias del Tribunal Supremo**

STS 7 de marzo de 2017 (157/2017)

STS 20 octubre de 2014 (536/2014)

STS 20 de octubre de 2014 (413/2014).

STS 25 junio 1994 (AC 1994, 4).

### **3. Sentencias de Audiencias Provinciales**

SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 20 de marzo 1992.

SAP Huesca 31 marzo 1995 (AC 1995, 561).

SAP Barcelona (Sección 12ª) 20 abril 2005 (JUR 2005, 126782).