

## **Casuística sobre Separaciones y divorcios de mutuo acuerdo**

Página inicial: <http://www.nuevodivorcio.com>

### **DERECHO DE AUDIENCIA A LOS HIJOS MENORES**

**Tema: Interpretación del derecho de ser oídos de los menores “que tengan juicio suficiente” previsto en la L.O. 1/1996 en los casos de divorcio de mutuo acuerdo. No procede cuando el interés de los hijos esté suficientemente salvaguardado.**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid nº 175/2006  
RECURSO DE APELACION 158 /2006

### **SENTENCIA Nº 175**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE JAIME SANZ CID

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

En VALLADOLID, a veinticuatro de Mayo de dos mil seis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de FAMILIA. DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO 666/2005, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo 158 /2006, en los que aparece como parte apelante: EL MINISTERIO FISCAL, y como apelado: D. Constantino, Y Dª Claudia representadas por la procuradora Dª. SONIA BLANCO PEREZ, asistidas por la Letrada Dª. MIRIAM PABLOS DE BRAVO; sobre: Divorcio mutuo acuerdo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.– Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.– Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 16 de Enero de 2006 se dictó

sentencia cuyo fallo dice así: 1.- DEBO DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO DE LOS CONYUGES Constantino Y Claudia 2.- Así mismo, se aprueba la propuesta de convenio regulador propuesto por los cónyuges de fecha 7 de septiembre 2005, unido a los autos (folios 49 a 51). No ha lugar a la imposición de costas.

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por el Ministerio Fiscal se preparó recurso de apelación que fue interpuesto dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Remitidos los autos de juicio a este tribunal se señaló para la Deliberación y Votación el pasado día 18 de Mayo de 2006 .

Vistos, siendo ponente el Ilmo Sr. Magistrado Don FRANCISCO SALINERO ROMAN.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Igual cuestión a la ahora planteada por el Ministerio Fiscal sobre la **obligada audiencia a los menores de 12 años** ya la ha resuelto esta Sala en reciente sentencia de 10 de Mayo de 2006 y por tanto la respuesta ha de ser idéntica por lo que reproducimos los argumentos entonces expresados para rechazar el recurso de apelación interpuesto. Mediante el recurso de apelación formulado el Ministerio Público solicita la nulidad de la sentencia y que se repongan las actuaciones al tiempo y momento en que debió oírse a la hija del matrimonio que tiene 13 años (Paula) y después de la audiencia se pasen para informe. Su argumento esencial y resumido es que entiende infringido el art. 9. 1 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 24 de la Constitución Española porque el art. 777.5 de la L.E.Civil, en el que la Juzgadora "a quo" ha apoyado su decisión de **no oír a los menores hijos del matrimonio, por no estimarlo necesario**, en la redacción que le ha dado la Ley 15/2005 vulnera lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 e igualmente la reserva de ley orgánica, pues el art. 777. 5 es ley ordinaria. El Fiscal defiende el derecho del menor a ser oído en cualquier clase de procedimiento de acuerdo a lo dispuesto en el art. 9 citado.

Los padres a requerimiento del Juzgado en escrito de fecha 3 de Octubre de 2005 manifestaron lo innecesario de la medida de oír a su hijo llamado Roberto de 12 años de edad con cita del art. 777. 5 de la L.E.Civil, justificando su decisión en que su ruptura matrimonial no estaba siendo sencilla para el niño por lo que **consideraban inconveniente hacerle pasar por el trance de su presencia en sede judicial.**

El Ministerio Fiscal en su primer informe a la solicitud de divorcio, de fecha 25 de octubre de 2005 pidió que se oyese a los hijos menores (último párrafo de su alegato segundo). No excluyó al hijo menor de 12 años llamado Jose Pablo. Luego ha modificado su inicial posición para solicitar solo la audiencia del hijo que cuenta ya con 12 años.

La Sala no comprende este cambio de postura si se está invocando como base del recurso la aplicación del art. 9. de la Ley Orgánica 1/1996, pues si se da lectura a dicho precepto no se aprecia distinción entre menores y mayores de 12 años a los efectos de que se respete el derecho de audiencia que les reconoce. El derecho de audiencia corresponde a todo menor que tenga suficiente juicio. El art. 9 no impone la obligación de oír al menor mayor de 12 años, solo reconoce el derecho de audiencia del menor que tenga suficiente juicio (el maduro). Por lo que de acuerdo a la tesis del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en que hubiese implicados menores habría de traérseles siempre al proceso para determinar primero si tienen o no suficiente juicio y con su resultado oírles para si quieren ejercitar el derecho a ser oídos. Interpretación que no parece ser que es la que ha querido el legislador al reformar los arts. 92 del Código Civil y 777. 5 de la L.E.Civil en los procesos matrimoniales en que los cónyuges proceden de mutuo acuerdo, dando respuesta a una mayoritaria petición de operadores jurídicos que consideraban inconveniente la obligatoria audiencia de los mayores de 12 años que se prescribía en los antiguos 92 y 777. 5 citados, porque convertía el reconocimiento de un derecho en una imposición, desnaturalizando el propio derecho, que debería de analizarse caso por caso. Así mismo, en pro de la eliminación de la automática audiencia obligatoria, se consideraba la intranquilidad, el desasosiego y la alteración que, en buena parte de los casos según resultaba de la experiencia, ocasionaba a los menores su presencia y comparecencia en la sede judicial para generalmente mostrar su conformidad a los acuerdos de sus padres, Si se entiende que la audiencia es obligatoria y automática ningún sentido cabría reconocer a la reforma operada mediante la Ley 15/2005, pues hubiese bastado con mantener los preceptos reformados en su anterior redacción.

La Sala, en el análisis y comparación del art. 777. 5 y el art. 9 que el Ministerio Fiscal encuentra incompatibles, no advierte esa absoluta antinomia y entendemos que tales preceptos se pueden integrar e interpretar de manera armónica complementándolos. El art. 9 debe ser interpretado en términos de gran amplitud y flexibilidad, relacionando cada uno de sus apartados, pues no solo debe

atenderse a su apartado 1, para que sirva a su objeto esencial que, como todo el de la Ley Orgánica, es el de la protección de los intereses del menor que se satisfacen, no solo cuando se le oye sino también cuando no se le da audiencia en aquellos casos en que el Juez no la considera necesaria (esos son los términos de los nuevos arts. 92. 6 y 777. 5) o no convenga al interés del menor (art. 9 apartado 2 en relación con el apartado 3).

Los intereses del menor que se protegen en el art. 9 contemplan tanto el derecho a ser oído, que puede ser ejercitado directamente (apartado 2 párrafo primero) o a través o por medio de sus representantes legales cuando no sea posible o no convenga a su interés (apartado 2 párrafo segundo), como la posibilidad de no serlo cuando el Juez le deniegue tal derecho en resolución motivada, que obviamente deberá responder a un posible perjuicio para el menor que pudiese derivarse de la audiencia y que deberá resolverse en cada supuesto conforme a las circunstancias concurrentes.

En el caso analizado se ha garantizado el derecho del menor a conocer su opinión pues son sus padres, representantes legales ordinarios, los que manifiestan la inconveniencia de oírle. EL derecho a conocer el parecer de los menores se puede ejercitar, como permite el art. 9. 2 párrafo segundo, a través de sus representantes legales siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, si no es posible o no conviene al interés del menor ser oído directamente. Resalta el Ministerio Fiscal que no entra en las posibilidades de la vida real que un hijo menor vaya al Juzgado por propia iniciativa a ejercitar el derecho a ser oído. Pero también es difícilmente imaginable, y la práctica lo avala, que cuando los padres proceden de mutuo acuerdo a regular las consecuencias de su crisis matrimonial, adopten pactos perjudiciales o desaconsejados para el interés de sus hijos. Los padres del menor, por su más directo contacto con él y por el mejor conocimiento que tienen de la personalidad y circunstancias de su hijo, son los que razonablemente se encuentran en mejor situación para conocer lo que más le puede convenir y parece de un rigor excesivo establecer obligatoriamente la audiencia judicial, desconfiando de que los padres puedan estar actuando en contra de los intereses de los menores. Es cierto como dice el Ministerio Fiscal que ello podría abrir las puertas a un posible automatismo de denegación judicial del derecho del menor a ser oído, que tampoco los arts. 92. 6 777. 5 y 9 permiten, cuando los padres manifestasen que los menores están de acuerdo con lo convenido. Pero el riesgo de ese automatismo lo salva el art. 9 obligando al Juez a motivar su decisión, obligación de razonar y argumentar que también se deriva de los términos en que

se han redactado los arts. 92. 6 y 777. 5, cuando señalan que el Juez oirá a los menores cuando lo considere necesario, consideración que sin duda significa deber de razonar. Le otorga por tanto al Juez una facultad discrecional que, para que no se convierta en arbitraria, debe de venir adornada de la oportuna motivación para que las partes puedan contrastar su decisión. El Juzgador además puede efectuar el control de la existencia o no de intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes legales mediante la supervisión de los términos del convenio y cuando observe algún pacto que considere perjudicial o inhabitual de lo que suelen ser los comunes y ordinarios en esta clase de procesos, bien de oficio o mediante advertencia del Ministerio Fiscal o de los demás intervinientes que mencionan los preceptos analizados proceder a cumplimentar el trámite de audiencia en protección y garantía de los intereses superiores del menor. Precisamente el Ministerio Fiscal razona que el derecho de los menores a ser oídos es manifestación de su derecho a ser protegidos (página 6 de su recurso al folio 94). Pues bien la audiencia puede cumplirse a través de los padres representantes legales, como permite el art. 9. 2 párrafo segundo, cuando no se advierta enfrentamiento con los padres (no hay intereses de los padres contrapuestos a los del menor) o no haya necesidad de proteger al menor porque del examen de las cláusulas del convenio que les afectan no se advierte ningún riesgo o peligro para los menores.

En el supuesto analizado el Juzgador ha razonado su decisión al resolver el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Sala no aprecia que el convenio regulador contenga pactos relativos a las menores que se puedan considerar perjudiciales ni que se puedan calificar de contradictorios con las pretensiones de sus padres pues se asigna a los menores el uso de la vivienda familiar, se reconocen a favor de cada uno de ellos como pensión alimenticia que deberá abonar el padre la suma de 425 euros mensuales cantidad que consideramos adecuada por su edad para atender sus necesidades ordinarias, cubriéndose también por ambos progenitores los gastos extraordinarios que se determinan de manera detallada, se establece un régimen concreto de custodia y visitas de los comunes para favorecer la relación paterno filial. El Ministerio Fiscal, cuando dictamina, no hace objeciones al convenio en lo que afecta a los menores y no justifica la necesidad de la audiencia porque en el caso concreto existan razones para desconfiar o preocuparse de que los padres en los pactos relativos a sus hijos puedan estar actuado con intereses contrarios a los de los menores.

Por tanto entiende la Sala que no hay un derecho incondicionado, que se pueda convertir en una imposición, del menor a ser oído, como tampoco una facultad

arbitraria del Juez para denegar la audiencia en todos los casos debiendo resolverse en cada supuesto concreto según sus particulares circunstancias, con motivación por el Juzgador de las razones por las que considera innecesaria la audiencia o por qué la deniega cuando haya petición expresa directa por el menor o por la persona que le represente. Esa motivación podrá efectuarla el Juzgador en función de los términos del clausulado del convenio afectantes a los menores o de las razones que expresen los intervinientes autorizados para ello en los nuevos arts. (Ministerio Fiscal, partes, equipo técnico judicial o propio menor) en petición de la audiencia porque las medidas que les afecten les puedan perjudicar.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid, en fecha 16 de Enero de 2006, en los autos a que se refiere este rollo, debemos de confirmar y confirmamos la aludida resolución sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y léida por el Ilmo. Magistrado Ponente en audiencia pública el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

<http://www.nuevodivorcio.com>