

EL TRIBUNAL SUPREMO DECLARA LA NECESIDAD DE AUDIENCIA DEL MENOR EN RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIÓN

Así se pronuncia su Sala Primera en la **sentencia número 18/2018 de 15 de enero**. Como consecuencia de un distanciamiento de las relaciones entre el padre del menor con la abuela materna de éste (la madre había fallecido), ambos se encuentran enfrentados en la extensión que deben tener los contactos y estancias entre abuela y nieto. Se estima necesaria la exploración del menor, preservando su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades, para decidir si, en interés del menor, cabe reducir o no la relación personal entre abuela y nieto respecto a la que venían manteniendo. Se estima el recurso de casación.

La abuela presentó demanda contra el padre solicitando que se fijase el régimen de visitas que proponía respecto de sus dos nietos menores de edad (el mayor cumplió 18 años en 2017, durante la tramitación), fruto del matrimonio entre su fallecida hija y el demandado. El Juzgado de la primera instancia denegó que los menores fueran oídos y dicta sentencia de primera instancia estableciendo un limitado régimen de visitas con la abuela. La representación de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia y propuso como prueba la audición de los menores, que fue nuevamente inadmitida por la Audiencia Provincial de Cádiz confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Algeciras por los motivos siguientes:

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, y en el presente supuesto, esa estrecha relación de la abuela y tía con los nietos y sobrinos no se discute, ni tampoco el derecho de ver y estar con los nietos, sino que únicamente lo que se viene a discutir es la amplitud de tales medidas, lo cual es ajeno a las pruebas solicitadas.

La extensión del derecho de que tratamos, y con relación a ello debemos señalar que la misma ha de ser variable, en atención a las circunstancias

concurrentes, pero de menor entidad, lógicamente, que el derecho de visitas y relación del padre no custodio en el ámbito de la separación o del divorcio, pues ni por su naturaleza, fundamento o finalidad son equiparables. Y así mientras el derecho-deber del padre no custodio se encamina a permitirle y facilitarle el ejercicio de la patria potestad en sus diversas facetas, el derecho de relación con los abuelos trata de permitirle el trato o la relación personal con el nieto, pero no se dirige a atender a la custodia ni a la convivencia respecto del menor, que ni precisa ni exige, aunque una y otra pudieran ser convenientes, pero siempre subordinada al interés del menor, precisado de una estabilidad y de un entorno favorable y conocido y que le facilite sus relaciones familiares y extra familiares, máxime en el ámbito de un núcleo que después de una crisis trata de reorganizarse y readaptarse, presentándose en este sentido de importancia la atenta consideración a la voluntad o inclinación del menor.

En cuanto al menor se solicita que se establezca un periodo de estancias para el mismo con la abuela que abarque la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, lo cual no resulta adecuado, pues como se indica no se trata de atribuir a la abuela las mismas visitas que corresponderían a su hija, sino las derivadas de su propio y específico parentesco, siendo suficiente el sistema adoptado por el juzgado quien no limita las relaciones del menor con la abuela, sino que las articula en su estricto sentido, no como una sustitución de los periodos de estancias que corresponderían a un progenitor no custodio. En cuanto a las vacaciones de verano, el mantenimiento de las visitas intersemanales y de fines de semana resultan también adecuados a dichas relaciones, sin que sea necesario ampliarlas, todo ello sin perjuicio de que si las partes o el hijo desea estar un periodo más largo con la abuela así se acuerde entre las partes, pero sin que sea preciso establecerlo, como se indicaba, de forma coactiva, por lo cual también en este punto es de desestimar el recurso.

La representación procesal de la abuela interpuso recurso de casación contra la anterior resolución por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por dos motivos:

1º) Infracción del artículo 160 del Código Civil ("CC") y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con la prohibición de restricción de las relaciones entre abuelos y nietos cuando la relación ha sido muy estrecha y no concurren causas que la justifiquen. En su desarrollo alega que, no discutiéndose la estrecha relación de la abuela y la tía con los nietos, por ocuparse de los niños durante cuatro años y medio después del fallecimiento de su madre y no concurriendo ningún obstáculo para restringirla, no hay razón alguna para que los menores puedan pasar una o varias temporadas con aquéllas, siendo el régimen fijado excesivamente limitado y postulando un régimen más amplio.

2º) Infracción de la jurisprudencia de la Sala en relación con la obligación de oír a los menores establecida en el artículo 9 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en los procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 CC. **Alega infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que establece el derecho del menor a ser oído en un procedimiento, no de guarda y custodia, sino en el que se dilucida la relación de comunicación entre abuelos y nietos.**

La parte recurrente considera cometidas las infracciones normativas y jurisprudenciales expuestas porque los menores no fueron oídos ni en primera ni en segunda instancia, pese a que así fue solicitado para acreditar el estrecho vínculo afectivo existente entre la actora y sus nietos y concretar la extensión del régimen de comunicación a establecer conforme al artículo 160 CC. En primera instancia se pidió como prueba y fue denegada; denegación que fue recurrida en apelación siendo igualmente rechazada por auto.

El Ministerio Fiscal apoyó los dos motivos del recurso de casación e informó que la no admisión de la práctica de exploración del menor no está suficientemente motivada por el juzgador «a quo», teniendo en cuenta su edad (en ese momento contaba con 10 años y 10 meses de edad y, por tanto, tenía madurez suficiente para ser oído sobre una medida que le afectaba directamente), siendo relevante a la hora de fijar de forma adecuada la extensión del régimen de visitas con su abuela sobre la base de necesidades, deseos y sentimientos.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicta, el 15 de enero de 2018, sentencia, la número 18/2018, **estimando el recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de la abuela y acordando la **nulidad de la sentencia** dictada con fecha 18 de enero de 2017 por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª) y la **retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que, antes de resolver sobre el objeto del debate, se oiga al menor de forma adecuada.**

Nos centraremos en esta nota en el análisis del segundo de los motivos en que la parte recurrente fundamentó su recurso de casación, por ser el que finalmente apreció el Tribunal Supremo para declarar la nulidad de las actuaciones.

Para un mejor entendimiento de la decisión de la Sala se ha de tener en cuenta que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección y por ende no es propiamente una prueba, de forma 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. La sentencia recurrida precisamente asimiló la exploración del menor a un simple medio de prueba, motivando su inadmisión como si fuese esto último y no como lo que verdaderamente es.



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 en la Sentencia 578/2017, de 25 de octubre. 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 (Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de junio).

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.

Se desprende de los hechos relatados en la Sentencia que la extensión de los contactos y estancias entre abuela y nieto son establecidos sobre la base de un distanciamiento entre la abuela y el padre del menor (recordemos que la madre falleció) y no sobre, como hemos indicado, las necesidades, circunstancias y deseos de un menor ya suficientemente maduro para exponer sus preferencias.

De ahí la precisa exploración del menor, preservando siempre su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades, para poder decidir con suficiente conocimiento de causa si, en interés precisamente del menor debe reducirse o su relación personal con su abuela.

Asunción de la Morena Flores
Abogada, LÓPEZ RODÓ & CRUZ FERRER ABOGADOS
Marzo de 2018
Alcalá, nº 117- 28009 Madrid (ESPAÑA)
Tel.: (+34) 91 435 08 81 - Fax: (+34) 91 435 09 54
www.lopezrodo.com