

L'OPINIÓ DEL MENOR EN LA MODIFICACIÓ DEL RÈGIM DE GUARDA (COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 9 DE GENER DE 2014)

Marina Castells i Marquès
Doctoranda en dret civil
*Universitat Autònoma de Barcelona*¹

1. INTRODUCCIÓ

En el dret civil de Catalunya, per aplicació de l'article 233-7.1 de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (CCCat), les mesures ordenades en un procés matrimonial poden modificar-se, mitjançant una resolució judicial posterior, quan hagin variat substancialment les circumstàncies concurrents en el moment de dictar-les. Una bona part dels procediments de modificació de mesures, que es tramiten en els tribunals, tenen per objecte la introducció de canvis en el règim i la manera d'exercir la guarda.² La raó es troba en la naturalesa evolutiva de les relacions familiars, la qual causa que des del moment en què es dicten les mesures fins que els fills assoleixen la majoria d'edat es poden produir infinitat de canvis que poden provocar que un dels progenitors consideri la necessitat d'una modificació.³

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), a través de la Sentència de 9 de gener de 2014, va resoldre un recurs de cassació sobre un cas en el qual s'havia sol·licitat una modificació de mesures. La demanda es fonamentava únicament en el desig del fill menor que es canviés el règim de guarda i havia estat prèviament desesti-

1. marina.castellsm@e-campus.uab.cat.

2. D'acord amb les estadístiques judicials publicades pel Consell General del Poder Judicial (CGPJ), l'any 2012 a Catalunya es van resoldre 5.071 processos de modificació de mesures: 1.569 consensuades i 3.502 no consensuades.

3. Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, *La modificación y extinción de las medidas: Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Lex Nova, 2012, p. 263; Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio: adaptado a la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, València, Tirant lo Blanch, 2010, p. 549.

mada sobre la base que no s'havia produït un canvi rellevant de les circumstàncies que justificués el canvi. El motiu invocat en el recurs i resolt per la Sentència fou el valor o la transcendència que s'havia d'atribuir a l'opinió expressada pel menor.

Prenent com a punt de partida la Sentència que és objecte del present comentari, s'estudia el dret de participació dels menors en les decisions sobre el règim de guarda, en la mesura que és una de les manifestacions de l'obligació de respecte a la seva personalitat, imposada als pares i a l'autoritat judicial.

2. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 9 DE GENER DE 2014

Després de fer un breu resum del supòsit de fet de la Sentència estudiada (subapartat 2.1), s'analitzaran breument els principals canvis jurisprudencials que s'han produït en el dret civil català (subapartat 2.2) i a continuació l'estudi se centrarà en la resolució del motiu plantejat en el recurs de cassació (subapartat 2.3).

2.1. SUPÒSIT DE FET

La Sentència que es comenta, amb ponència de la magistrada Maria Eugènia Alegret Burgués, resol sobre un plet iniciat amb la demanda de modificació de mesures de divorci presentada pel pare l'11 de maig de 2011 i en la qual sol·licitava que li fos concedida la guarda d'un dels fills. El règim i la manera d'exercir la guarda van ser decidits de mutu acord pels pares i van ser ratificats en la sentència de divorci, dictada el 21 de desembre de 2006 i la qual preveia que la guarda seria compartida per trimes-tres escolars, de manera que la filla de dos anys d'edat i el fill de deu, en aquell moment, residirien alternativament amb cada un dels progenitors.⁴

Cal matisar que prèviament s'havia iniciat un procés judicial per tal de modificar les mesures relatives a la guarda. El 25 d'abril de 2008 la mare havia interposat una demanda de modificació de les mesures de divorci, a la qual posteriorment es va acumular una altra demanda del pare, i en ambdues demandes ambdós progenitors sol·licitaven l'adjudicació de la guarda exclusiva dels dos fills. El Jutjat de Primera Instància Número 2 de Tortosa va dictaminar en la Sentència de 30 d'abril de 2009 que la custòdia compartida no es podia mantenir com a conseqüència de la conflictivitat existent entre els progenitors, per la qual cosa s'atribuïa en exclusiva a la mare, ja que es considerava que els interessos dels menors es trobaven així més protegits. En l'ex-

4. Sentència del TSJC de 9 de gener de 2014 (Roj 5/2014; magistrat ponent: Alegret Burgués) i Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona (APT) de 17 de maig de 2013 (Roj 663/2013; magistrat ponent: Carril Pan).

cució d'aquesta Sentència i per tal que els menors fossin retornats a la mare, es va requerir la intervenció dels mossos d'esquadra com a conseqüència dels incidents que es van produir, en els quals va participar activament el fill de més edat. La Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona, en la Sentència de 26 de maig de 2010, va considerar que no s'havia acreditat cap circumstància suficientment rellevant per a modificar el règim de guarda decidit pels pares de mutu acord i ratificat en la sentència de divorci.

De manera que la demanda de modificació de mesures de divorci presentada pel pare l'11 de maig de 2011 constituí el segon intent que li fos atribuïda la guarda exclusiva del fill. Aquesta demanda fou interposada quan tan sols havien transcorregut onze mesos des de la conclusió del procés judicial anterior. No obstant això, aquesta vegada la va presentar prenent com a base el desig que el menor havia manifestat de manera reiterada com a conseqüència del deteriorament de les relacions amb la seva mare. Aquesta voluntat fou ratificada en l'exploració judicial del 17 d'abril de 2012, moment en què el menor ja tenia setze anys d'edat. La demanda fou desestimada per la Sentència dictada el 30 d'abril de 2009 pel Jutjat de Primera Instància Número 2 de Tortosa, el qual va declarar el manteniment de la custòdia compartida perquè no s'havia produït un canvi rellevant en les circumstàncies. Contra aquesta resolució, el pare va interposar un recurs d'apel·lació al·legant la necessitat i la conveniència de respectar la voluntat del menor com a persona. La Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona va declarar en la Sentència de 26 juliol de 2012 que el recurs d'apel·lació no era procedent i va condemnar el pare a pagar les costes processals.

El pare va presentar un recurs de cassació, a l'empara de l'article 477.2.3 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC), el qual fou admès perquè presentava interès cassacional pel fet que el TSJC no havia tingut ocasió de pronunciar-se respecte de l'article 233-11.1e CCCat en relació amb l'article 211-6 CCCat. En el recurs se sol·licitava que es determinés quin valor o quina transcendència havia de tenir l'opinió expressada pels menors a l'hora de determinar el règim de guarda i el seu exercici. Concretament, basant-se en la voluntat manifestada pel menor de manera inequívoca, el pare demanava l'atribució de la seva guarda en exclusiva. La Sentència del TSJC, dictada el 9 de gener de 2014, va desestimar el recurs de cassació presentat pel pare i va confirmar íntegrament la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Tarragona, alhora que instava els litigants a millorar les seves relacions personals per al bon funcionament de la custòdia compartida.

2.2. QÜESTIONS PRÈVIES

En aquest apartat s'examinaran els principals canvis jurisprudencials que s'han produït en el dret civil català com a conseqüència de la promulgació del llibre segon del Codi civil de Catalunya. Concretament, s'analitzaran la manera d'exercir la guar-

da i en quins supòsits es pot procedir a la modificació del règim establert per sentència judicial ferma (subapartat 2.2.1), així com els criteris legals que vinculen l'autoritat judicial a l'hora de decidir quin és el model de guarda més adequat conforme a l'interès superior del menor (subapartat 2.2.2).

2.2.1. *Modificació de les mesures definitives en interès del menor*

D'acord amb els articles 233-7.1 CCCat i 775.1 LEC, les mesures ordenades en un procés matrimonial o en un procés de ruptura de parella estable només poden modificar-se quan hagin variat substancialment les circumstàncies concurrents en el moment de dictar-les, ja sigui a petició d'un dels progenitors (art. 775.2 LEC) o de mutu acord (art. 777.9 LEC). En canvi, l'article 80 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (CF), igual que l'apartat 2 de la disposició transitòria tercera del Codi civil de Catalunya, no requereix un canvi substancial, sinó un canvi sobrevingut.

No obstant això, en el cas de les mesures referides als fills menors d'edat, l'exigència del requisit que es produeixi una alteració substancial de les circumstàncies s'ha interpretat de manera flexible. En aquest sentit, l'apartat 3 de la disposició transitòria tercera del Codi civil de Catalunya permet la modificació del règim de custòdia decretat a l'empara de la legislació anterior, sense que s'hagi produït cap canvi de les circumstàncies. Cal tenir en compte que l'article 80 CF s'havia estat aplicant si tenia lloc la concurrència d'uns determinats pressupòsits,⁵ la càrrega de la prova dels quals corresponia a la part que sol·licitava la modificació (art. 217 LEC). En canvi, actualment, inclús quan formalment no es pugui defensar que s'ha produït una alteració en les circumstàncies, l'autoritat judicial pot procedir a la modificació del règim de custòdia sempre que resulti beneficiós per al menor,⁶ com a conseqüència de les àmplies facultats que li reconeix l'ordenament jurídic, per tal de protegir els interes-

5. Per exemple, la Sentència de l'APB de 19 de juliol de 2013 (Roj 7597/2013; magistrat ponent: Bodas Daga, fonament jurídic [FJ] 4t): «El art. 80 CF permite la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad, atendiendo a las nuevas circunstancias sobrevenidas. Para que dicha solicitud obtenga amparo jurisdiccional, tal y como esta Sección se ha pronunciado (en atención a la interpretación que viene dando el artículo 91, *in fine*, del Código Civil y que tiene la misma ratio que el artículo anterior) es exigible la concurrencia de los siguientes presupuestos [...]». Aquests pressupòsits eren: fets de nova consideració sorgits després que s'hagués dictat la sentència; que aquests signifiquessin una modificació substancial de les circumstàncies que es van tenir en compte en aquell moment; que l'alteració fos permanent; que es tractés d'esdeveniments aliens a la voluntat del progenitor que instava la modificació (Iciar CORDERO CUTILLAS, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Navarra, Cizur Menor, 2004, p. 173-174).

6. En aquest sentit trobem la Sentència del TSJC de 26 de juliol de 2012 (Roj 8896/2012; magistrat ponent: Alegret Burgués, FJ 5è): «No queremos decir con ello que admitamos que sin cambio legal o fáctico de clase alguna, puedan reproducirse los litigios para modificar resoluciones judiciales [...], pero tampoco que los cambios que se adviertan y que afecten al superior interés del menor, no puedan ser calificados, precisamente por ello, de sustanciales o determinantes».

sos dels menors (art. 236-3 CCCat). En aquest sentit, per exemple, les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona (APB) de 25 de juliol de 2013 (Roj 8540/2013; magistrat ponent: Pérez Tormo) i 26 de juliol de 2013 (Roj 7551/2013; magistrat ponent: Ortuño Muñoz) van reconèixer la guarda i custòdia compartida (fins aleshores la mare havia estat la cuidadora principal del fill) perquè va considerar que resultava més beneficiosa per al menor, malgrat que no s'havia produït cap canvi substancial. En aquest mateix sentit trobem també la Sentència del TSJC objecte d'aquest comentari, la qual desestima el recurs de cassació, com havia succeït en l'Audiència Provincial de Tarragona (així com en primera instància), no per no haver aconseguit provar que s'havia produït un canvi rellevant en les circumstàncies, sinó per no haver-se demostrat que «la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés del menor» (fonament jurídic [FJ] 7è).

De la mateixa manera, en la mesura que l'autoritat judicial es troba subordinada al principi de l'interès superior del menor (art. 211-8.3 CCCat), malgrat que les circumstàncies hagin canviat substancialment, no adoptarà cap modificació que resulti contrària al benestar del menor. L'Audiència Provincial de Girona (APG), per exemple, en la Sentència de 20 de febrer de 2014 (Roj 96/2014; magistrat ponent: Soler Navarro) va denegar un canvi en el règim de visites al pare, tot i que el seu estat de salut havia millorat, perquè va considerar que no resultava beneficiós per a la menor, la qual encara recordava amb terror els episodis de maltractament que havia ocasionat a la seva mare. També la Sentència de l'APB de 20 de març de 2013 (Roj 2482/2013; magistrat ponent: Bayo Delgado) va denegar un canvi en el règim de visites al pare (consistent en una comunicació via telemàtica) sobre la base que la falta de contacte d'aquest amb els fills ho desaconsellava, malgrat que l'allunyament entre ells s'hagués produït perquè aquest es va quedar sense feina i no podia pagar les despeses de viatjar des de les illes Canàries.

La flexibilització en l'exigència que es produeixi una alteració substancial en les circumstàncies adquireix una rellevància especial en les demandes de modificació de mesures fonamentades únicament en el desig dels fills menors de canviar el règim de guarda, com en el cas de la sentència objecte del present comentari. La raó és que, més enllà de la voluntat dels fills i com que no s'ha produït cap canvi en les circumstàncies, el progenitor al qual fou atribuïda la guarda segueix sent igual d'idoni que abans.

2.2.2. *Criteris per a determinar el règim i la forma d'exercir la guarda*

Si bé és cert que, en cas de crisi matrimonial o de la convivència estable en parella, la responsabilitat parental manté el caràcter compartit i preferiblement s'ha d'exercir conjuntament (art. 233-8.1 CCCat), l'autoritat judicial —quan no hi ha acord o aquest no és aprovat— pot determinar que la guarda sigui exercida de manera individual en cas que resulti preferible en interès del fill (art. 233-10.2 CCCat).

El llibre segon del Codi civil de Catalunya, a través de l'article 233-11, ha determinat per primera vegada els criteris i les circumstàncies que l'autoritat judicial ha de prendre en consideració, els quals es corresponen amb els que la jurisprudència havia estat aplicant fins aleshores, per tal d'identificar l'interès superior del menor de manera individualitzada, en consideració de les seves circumstàncies personals i socials.⁷ Mentre que els criteris de l'apartat 1 han de ser ponderats conjuntament, la norma de no separar germans, continguda en l'apartat 2, només pot ser abandonada quan resulti justificat per les circumstàncies, raó per la qual no opera com un altre criteri que calgui prendre en consideració a l'hora de decidir sobre el règim de guarda.

2.3. QÜESTIÓ PLANTEJADA

El recurs de cassació plantejat pel pare s'admet perquè presenta interès cassacional, en la mesura que el TSJC encara no havia tingut oportunitat de pronunciar-se sobre el valor o la transcendència que s'ha de donar a l'opinió del menor en relació amb els altres criteris i circumstàncies, establerts en l'article 233-11 CCCat, que l'autoritat judicial ha de prendre en consideració per a decidir sobre el règim i model de guarda.

Per aquest motiu, primerament s'analitzarà el dret del menor a ser informat i escoltat respecte al model de guarda (subapartat 2.3.1) i a continuació s'estudiarà quin és el valor de l'opinió del menor per tal d'acceptar un canvi en el règim de guarda (subapartat 2.3.2). En aquest estudi s'adoptarà la perspectiva del dret comparat, per la qual cosa s'examinarà la regulació adoptada en altres països que també han ratificat la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de l'Infant (CNUDI), concretament Austràlia, Noruega i el Regne Unit.

2.3.1. *El dret del menor a ser informat i escoltat respecte al model de guarda*

D'acord amb els articles 211-6.2 CCCat i 7.1 de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), el menor té dret a ser informat i escoltat abans de l'adopció d'una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial. Aquest dret fou reconegut després de la ratificació, per part d'Espanya, de la CNUDI, en la qual s'atribueix «to the child who is capable of

7. María del Carmen GETE-ALONSO CALERA, María YSÀS SOLANES i Judith SOLÉ RESINA, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 297-300; Antonio RUBIO BONET, «La potestad parental, la guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia», a Vicente PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 67-70; Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Artículo 211-6», a Encarnación ROCA TRÍAS i Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y familia: Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 72-73.

forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child» (art. 12.1).⁸

En el cas del dret del menor a la informació i a l'expressió de les seves opinions respecte al règim i la forma d'exercir la guarda, el qual s'articula a través de l'audiència (procediment de mutu acord) i de l'exploració (procediments contenciosos), es troba expressament reconegut en l'article 233-11.1e CCCat. En aquest mateix sentit es considerava prèviament en els articles 82.2 CF i 11.3 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents (LAPIA).

El dret del menor a ser informat i escoltat es reconeix al menor d'acord amb la seva edat i capacitat natural (art. 211-6.2 CCCat);⁹ per tant, quan disposa de «prou coneixement» (art. 211-6.3 CCCat) o «capacitats evolutives i amb les competències assolides» (art. 7.1 LDOIA).¹⁰ De manera que el legislador català presumeix que aquesta s'adquireix, en qualsevol cas, a partir dels dotze anys, tot i que considera que es pot adquirir abans d'aquesta edat en funció del grau de maduresa del menor. Aquesta regulació resulta conforme amb la interpretació de l'expressió «capable of forming his or her own views» (art. 12.1 CNUDI) realitzada pel Committee on the Rights of the Child, segons la qual no opera com una limitació, sinó com una obligació dels estats que en formen part per tal que reconeixin a l'infant una capacitat, tan àmplia com sigui possible, de formar-se una opinió autònoma.¹¹ En altres països on també ha estat ratificada la CNUDI s'ha optat per una regulació diferent: per una banda, s'ha establert un límit d'edat inferior a partir del qual es reconeix el dret del menor a expressar les seves opinions, com per exemple a Noruega, on s'atribueix a partir dels set anys (s. 31 *Children Act* de 1981), tot i que aquest límit no impedeix que menors d'una edat inferior siguin també escoltats;¹² per l'altra, no s'ha establert cap límit d'edat i es reconeix aquest dret en funció de la maduresa, com per exemple

8. Aquest dret també es troba reconegut en l'art. 24.1 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE); l'art. 2 de la Llei orgànica 1/2008, de 30 de juny, pel qual s'autoritza la ratificació per Espanya del Tractat de Lisboa; l'art. 9 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 gener, de protecció jurídica del menor (LOPJM); l'art. 770.4 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), i l'ap. 27 de la Carta de Drets dels Ciutadans Davant de la Justícia (CDCDJ).

9. Cal tenir en compte que en la minoria d'edat hi ha edats i situacions molt diverses que no poden ser tractades de la mateixa manera. Vegeu FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, Civitas, 1999, p. 177; M. del Carme GETE-ALONSO I CALERA, «Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana», *InDret*, núm. 1 (2005), p. 3.

10. Mentre que en l'art. 82.2 CF es requeria «prou coneixement», en l'art. 11.3 de la Llei d'atenció i protecció a la infància i l'adolescència (LAPIA) s'optava per «condicions de maduresa». Els art. 12.1 CNUDI i 24.1 CDFUE tenen en comú que requereixen la «maduresa de l'infant». Finalment, en l'art. 770.4 LEC es requereix als menors que tinguin «judici suficient».

11. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Convention on the rights of the child: General comment n° 12: The right to be heard*, Ginebra, en premsa, 2009, p. 6-7.

12. Es va calcular que a Noruega un 10 % dels nens consultats tenen sis anys. Vegeu: KRISTIN SKJØR-TEN, «Children's voice in Norwegian custody cases», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 27, núm. 3 (2013), p. 301.

al Regne Unit (s. 1(3)(a) *Children Act* de 1989) o a Austràlia (s. 60CC(3)(a) *Family Law Act*).

Cal precisar que, des de les modificacions introduïdes per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci, i la Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova Oficina Judicial, s'ha reconegut expressament que el menor pugui expressar la seva voluntat per decisió pròpia.¹³ Per aquest motiu, si el menor desitja ser informat i consultat respecte al model de guarda, però el tribunal no li ho permet, es produeix una vulneració del seu dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), com ha manifestat diverses vegades el Tribunal Constitucional.¹⁴ A més, el menor ha d'expressar la seva opinió quan s'estimi necessari d'ofici, o a petició del fiscal o de parts o membres de l'equip tècnic judicial (art. 770.4 i 777.5 LEC).¹⁵ En el dret civil català, l'audiència o exploració del menor és imperativa a partir dels dotze anys i, si en té menys, a criteri de l'autoritat judicial, si considera que té prou coneixement, per mandat dels articles 211-6.2 i 233-11.1e CCCat, així com de l'article 5.2 LDOIA.¹⁶ En el cas del Regne Unit, cap menor és obligat a acudir a una

13. D'acord amb estudis realitzats, la gran majoria dels menors desitgen que la seva opinió sigui escoltada, si bé no volen ser obligats a prendre una decisió que resulti determinant. En aquest sentit, es pot consultar: Carol SMART, «From children's shoes to children's voice», *Family Court Review*, vol. 40, núm. 3 (2002), p. 318; Anne B. SMITH, Nicola J. TAYLOR i Pauline TAPP, «Rethinking Children's involvement in decision-making after parental separation», *Childhood*, vol. 10, núm. 2 (2003), p. 207-208; Kristin SKJØRTEN i Rolf BARLINDHAUG, «The involvement of children in decisions about shared residence», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 21, núm. 3 (2007), p. 383.

14. En aquest sentit es va pronunciar la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 221/2002, de 25 de novembre de 2002 (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 304 [20 desembre 2002]), en considerar que s'havia vulnerat el dret a la tutela judicial efectiva d'una menor que no fou escoltada sobre la pertinença de la declaració de desemparament perquè es va considerar que els seus interessos ja eren defensats pel fiscal i per la Junta d'Andalusia. També trobem la STC 152/2005, de 2 de juny de 2005 (publicada en el BOE, núm. 162 [8 juliol 2005]), en la qual es va considerar també lesionat aquest dret perquè els dos fills menors no foren consultats respecte al manteniment de la guarda al pare.

15. La STC 163/2009, de 29 de juny de 2009 (publicada en el BOE, núm. 181 [28 juliol 2009]), va afirmar que «La audiència del menor no se concibe ya con carácter esencial [...] y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor» (FJ 5è). La derogació de l'obligació fou introduïda com a conseqüència de les esmenes presentades a l'art. 92 del Projecte de llei de modificació del Codi civil en matèria de separació i divorci (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* [BOCG], sèrie A, «Proyectos de Ley», núm. 16-8 [15 març 2005]). En l'esmena núm. 1, presentada pel Grup Parlamentari Mixt, es defensava que «esta exploración debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio [...] En el resto de casos, no aporta nada a la causa y genera efectos negativos sobre el menor». I en l'esmena núm. 64, presentada pel Grup Parlamentari Català (Convergència i Unió), s'allegava que «Precisamente en muchos casos se llega a un acuerdo para que los menores no se vean implicados y es paradójico que, en todos los casos sin excepción, la ley prevea la audiencia imperativa de los mayores de 12 años».

16. Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (COORD.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 282.

entrevista amb el jutge, però sí amb el «Court welfare officer». ¹⁷ La raó és que, mentre que el propòsit de la primera és que el menor se senti més involucrat en el procés judicial, en la segona es persegueix investigar sobre les seves circumstàncies per tal que el tribunal pugui prendre una decisió. En canvi, a Austràlia i Noruega cap menor no pot ser obligat a manifestar la seva opinió, ja sigui davant del jutge o davant d'un professional qualificat. ¹⁸

L'establiment de l'obligació del menor d'expressar la seva opinió podria semblar, en un primer moment, contradictòria amb la interpretació del Committee on the Rights of the Child, segons el qual «The child, however, has the right not to exercise this right. Expressing views is a choice for the child, not an obligation». ¹⁹ No obstant això, no es pot considerar que li sigui imposada cap obligació, en la mesura que la seva opinió pot ser posada de manifest mitjançant un tercer que per la seva professió (per exemple, assistent social, mediador) o relació d'especial confiança pugui transmetre-la objectivament (art. 9.2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 gener, de protecció jurídica del menor [LOPJM] i 7.2 LDOIA). Si bé és cert que en altres supòsits també els representants legals poden ser transmissors de la voluntat del menor, en litigis sobre l'atribució de la guarda això resulta problemàtic, atès que són part interessada i es pot produir un conflicte d'interessos (art. 9.2 LOPJM i 236-18.2c CCCat). ²⁰

En l'audiència i en l'exploració de menors s'ha de preservar la seva intimitat, d'acord amb els articles 9.1 LOPJM i 7.3 LDOIA i amb l'apartat 28 de la Carta de Drets dels Ciutadans Davant de la Justícia (CDCDJ). Per aquest motiu, a la pràctica aquesta audiència s'acostuma a fer al despatx del jutge, en presència d'aquest i del

17. D'acord amb FAMILY JUSTICE COUNCIL (2010), *Guidelines for judges meeting children who are subject to family proceedings*, «If the child does not wish to meet the Judge discussions can centre on other ways of enabling the child to feel part of the process» (preàmbul). En el mateix sentit trobem «CAFCASS National Standards» (2007), que estableixen que «Children will always be seen, including in extended dispute resolution programmes (private law) and case planning (public law)» (5.1). En la doctrina, vegeu Nigel LOWE i Gillian DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Londres, Oxford University Press, 2007, p. 490.

18. Així s'estableix a Austràlia en la s. 60CE *Family Law Act*.

19. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Convention on the rights of the child: General comment n° 12*, p. 6. En aquest mateix sentit vegeu Fiona ANG, Eva BERGHMANS, Marie DELPLACE, Valentina STAELENS, Caroline VANDRESSE i Mieke VERHEYDE, «Participation rights in the UN Convention on the rights of the child», a IAP CHILDREN'S RIGHTS NETWORK, *Participation rights of children*, Antwerpen i Oxford, Intersentia, 2006, p. 14-15. D'acord amb un estudi fet a Austràlia, els principals motius pels quals els menors no volen expressar la seva opinió són: creuen que no és necessari o apropiat (p. ex., perquè no volen incrementar la crispació o perquè prefereixen mantenir els problemes familiars en la intimitat) i els intimida parlar amb el jutge directament. Vegeu Patrick PARKINSON, Judy CASHMORE i Judi SINGLE, «Parents' and children's views on talking to judges in parenting disputes in Australia», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 21, núm. 1 (2007), p. 93-94.

20. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor», p. 196; Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», p. 280-281; Aurelia María ROMERO COLOMA, *Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 58-59.

ministeri fiscal (en cas que hagués comparegut), així com de l'equip tècnic judicial en cas que així ho hagi considerat el jutge (art. 770.4 LEC).²¹ La funció d'aquests és no més auxiliar el jutge en la identificació de la voluntat real del menor a partir dels seus coneixements tècnics psicològics, però en cap cas poden fer valoracions sobre la solució més adequada.²² De fet, l'apartat 13.3 del «Programa Compartim, de Gestió del Coneixement, del Departament de Justícia» (revisat el 2011), elaborat per la Comunitat de Pràctica de l'Equip d'Assessorament Tècnic Civil, determina que el tècnic no pot emetre diagnòstics, ja que ha de respectar les limitacions pròpies de l'exploració judicial i les competències del servei.

El ministeri fiscal, d'acord amb l'apartat 27 de la CDCDJ, ha de vetllar per l'efectivitat del dret del menor a ser escoltat en tot procés judicial i ha de prestar-li l'assistència que necessiti. A més, d'acord amb la Circular 3/1986, de 15 de desembre, sobre la intervenció del ministeri fiscal en els processos de separació i divorci (CIMF), també «cuidará que la exploración de los menores nunca puede identificarse con un interrogatorio porque no se trata de una prueba testifical».²³ En aquest mateix sentit

21. En aquest sentit, en la conclusió 13 bis del «Curso de Formación Continua de Jueces y Magistrados - Andalucía, sobre unificación de criterios en la aplicación de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (Jaén, mayo 2003)», es va establir: «La audiencia debe hacerse de manera separada y en un lugar en el que aquel se encuentre lo más relajado y cómodo posible. Se ha de evitar en definitiva cualquier formalidad que pueda incomodarlo. Tampoco debe desarrollarse en presencia de las partes, sólo han de estar presentes el ministerio fiscal (artículo 749.2 LEC) y el juez o magistrado (en algunos casos puede resultar aconsejable la presencia de un técnico del gabinete psicosocial)». En la doctrina, vegeu Vicente PÉREZ DAUDÍ, «Los procesos matrimoniales», a Vicente PÉREZ DAUDÍ (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, p. 162-163; Jaime SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, «Los medios de prueba y la práctica de prueba», a Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Procesos de familia: Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 101-102; Esther ARROYO I AMAYUELAS, «L'edat de la persona i els seus efectes jurídics», a Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil: Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 173-174; Yolanda RÍOS LÓPEZ, «La prueba en los procesos sobre uniones estables de pareja», a Xavier ABEL LLUCH i Joan PICÓ I JUNOY (dir.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 182-184; Reyes BARRADA ORELLADA, «Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes. Valoración de la voluntad del menor. Improcedencia de la modificación. Sentencia 25 octubre 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93 (2013), p. 211-212.

22. Cal tenir en compte que, a vegades, l'opinió expressada pel menor no coincideix amb la voluntat real, com a conseqüència de les pressions d'algun dels progenitors, raó per la qual resulta rellevant la interpretació de l'equip tècnic judicial. Per exemple, en la Sentència de l'APB de 18 de novembre de 2005 (Roj 9564/2005; magistrat ponent: Viñas Maestre), malgrat que en l'exploració judicial el menor va manifestar de forma clara que volia anar a viure amb el seu pare, l'informe de l'Equip d'Assessorament Tècnic va declarar que en realitat mantenia una actitud d'ambivalència respecte de la voluntat de viure en l'entorn familiar patern o matern. En la doctrina, vegeu Vicente PÉREZ DAUDÍ, «La intervención de especialistas en el proceso de familia», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 108, núm. 1 (2009), p. 167-170; Víctor MORENO, «La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Diario La Ley*, núm. 7378 (2010), p. 9-10.

23. Respecte a la manera d'efectuar l'audiència es pot consultar l'ap. 26 de la CDCDJ i l'ap. 4.2.4 de *Buenas prácticas para todos los operadores jurídicos en los procesos de familia y capacidad de las personas*,

s'ha posicionat el Committee on the Rights of the Child en preveure que un menor no pot lliurement expressar la seva opinió quan «the environment is intimidating, hostile, insensitive or inappropriate for her or his age».²⁴ En la CIMF també s'estableix que l'exploració no s'ha de desenvolupar mai en presència dels pares i que el ministeri fiscal hi ha de ser present quan es tracti de casos especialment conflictius. Cal tenir en compte que en la Sentència del Tribunal Constitucional 14/2006, de 30 de gener de 2006 (publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 39 [15 febrer 2006]), es va declarar que la presència i intervenció del ministeri fiscal en la diligència d'exploració forma part del dret a la tutela judicial efectiva dels menors. També l'apartat 7.2 del Programa d'Assessorament en l'Àmbit de Família (revisat el 2010), elaborat pel Servei d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família (SATAF) del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, determina que en les entrevistes tampoc no s'admet la presència dels advocats de les parts.²⁵

És important posar de manifest que la voluntat del menor que es pren en consideració és l'expressada en l'audiència o l'exploració judicial, la qual pot resultar no coincident amb l'allegada pel progenitor que pretén la modificació del règim de guarda. Aquesta opció legislativa no coincideix amb la dels altres països estudiats, en els quals es pren també en consideració la voluntat del menor manifestada només davant de professionals qualificats. En el cas de Noruega, Austràlia i el Regne Unit, si bé és cert que recentment s'està promovent que els menors expressin la seva opinió davant del jutge (mantenint la intervenció dels experts),²⁶ majoritàriament ho fan da-

les quals foren establertes en les conclusions del «IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia (Valencia 26, 27 y 28 de octubre de 2009)».

24. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Convention on the Rights of the Child. General comment n° 12*, p. 9. En aquesta mateixa línia també preveu que s'han de prendre en consideració les qüestions següents: la provisió d'informació als infants, el suport adequat per a l'autodefensa, el personal degudament capacitat, el disseny de les sales d'audiència, la roba dels jutges i dels advocats i que hi hagi sales d'espera separades.

25. JAIME SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, «Los medios de prueba y la práctica de prueba», p. 102, es pronuncia a favor que es faci sense la presència dels progenitors o dels seus representants, «cuya presencia puede además ser considerada perturbadora y coaccionante por el menor». En sentit contrari trobem la secció 3109.04(B)(2)(c) del *Domestic Relations Code* d'Ohio (els Estats Units han firmat, però no han ratificat, la CNUDI), que estableix que en l'entrevista pot ser-hi present l'advocat de cadascun dels pares, quan el jutge ho estimi oportú. Tot i que, com a regla general, només hi podran ser presents el menor, l'advocat d'aquest, el jutge i personal del tribunal, si s'estima necessari.

26. De fet, a Noruega, per a obtenir l'opinió del menor els jutges poden escollir entre mantenir una entrevista amb els menors o delegar-ho a un expert; en aquest sentit, vegeu KRISTIN SKJØRTEN, «Children's voice in Norwegian custody cases», p. 294. En el cas del Regne Unit, per exemple, en aquest sentit trobem HARRIET HARMAN, «Listening to children: in open and accountable family courts», *speech* a Care and Health / CAF/CASS Conference «Opening up the family courts: an open or closed case?» (Londres, 30 octubre 2006), en premsa, que va manifestar: «I am struck, though, by the paradox that the focus of the court is the child, but the child is: [...] not likely to be asked by the court whether they have any questions about the process; likely to be reassured that they do not have to attend court, rather than asked whether they want to be in court». Vegeu també FAMILY JUSTICE COUNCIL, «Guidelines for judges meeting children who are

vant de professionals qualificats (psiquiatres, psicòlegs o orientadors) que elaboren informes a partir dels quals els jutges prenen les seves decisions. Cal tenir en compte que, d'acord amb estudis realitzats, el percentatge de casos en què el jutge havia parlat personalment amb el menor abans d'adoptar una decisió només era d'un 20 % a Austràlia (2005-2006) i un 25 % a Noruega (1998-2000).²⁷

2.3.2. *Valor de l'opinió del menor en la modificació del règim de guarda*

Cal precisar que el propòsit de l'audiència i l'exploració del menor és la determinació del seu interès superior, el qual és el principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti (art. 211-6.1 CCCat) i principi prioritari en totes les actuacions dels poders públics (art. 40.3 de la Llei orgànica 6/2006, de 19 juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya). També ho és en la resta de regulacions estudiades,²⁸ atès que totes han ratificat la CNUDI, la qual estableix en l'article 3.1 que «in all actions concerning children [...] the best interests of the child shall be a primary consideration». L'interès superior del menor també es considera en els articles 24.2 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE), 2 LOPJ i 5.1 LDOIA. En qualsevol cas, és important remarcar que legalment correspon a l'autoritat judicial decidir sobre el millor interès del menor (art. 233-8.3 CCCat) en consideració a les seves circumstàncies personals.

De manera que, en el dret civil català, en cas que un dels progenitors interposi una demanda per a modificar el règim de guarda, l'opinió del menor (tant si és favorable com si és contrària al canvi) és un dels criteris concretats en l'article 233-11 CCCat que operen per a determinar el règim i la forma d'exercir la guarda, sense que cap prevalgui per sobre dels altres. En aquest mateix sentit es regula al Regne Unit en la s. 1(3) *Children Act* (referida com «the welfare checklist»), la qual en el seu apartat *a* considera «the ascertainable wishes and feelings of the child concerned». En canvi, en el cas d'Austràlia els criteris es troben determinats en la secció 60CC de la *Family*

subject to family proceedings» (2010), en premsa. Vegeu, respecte d'Austràlia, Patrick PARKINSON i Judy CASHMORE, «Judicial conversation with children in parenting disputes: the views of Australian judges», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 21, núm. 2 (2007), p. 160-161.

27. Patrick PARKINSON i Judy CASHMORE, «Judicial conversation with children», p. 162; Kristin SKJØRTEN, «Children's voice in Norwegian custody cases», p. 297. Si bé no es tenen xifres respecte del Regne Unit, Burton ha qualificat d'anecdòtics els casos en què això succeeix; vegeu Frances BURTON, *Family law*, Londres, Routledge, 2012, p. 324. En sentit similar trobem Nigel LOWE i Gillian DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, p. 498-499.

28. En la resta de regulacions estudiades cal afirmar que l'interès superior del menor opera com a principi prevalent. Al Regne Unit es troba regulat en la secció 1(1) de la *Children Act* («the child's welfare shall be the court's paramount consideration»), a Noruega en la secció 48 de la *Children Act* («shall first and foremost have regard for the best interests of the child») i a Austràlia en la secció 60CA de la *Family Law Act* («a court must regard the best interests of the child as the paramount consideration»).

Law Act (referida com «the best interests checklist»), dividits en dos apartats: «primary considerations» (ap. 2) i «additional considerations» (ap. 3). Aquests últims (en els quals se situa la voluntat dels fills) ajuden el tribunal a trobar quina és la millor manera de complir amb les consideracions principals (que són: benefici d'una relació significativa amb els dos progenitors i protecció contra danys i violència familiar).²⁹ Pel que fa a Noruega, els criteris no han estat positivitzats, sinó que únicament s'ha considerat el dret dels menors a ser escoltats a partir dels set anys en la *Children Act*, tot i que la jurisprudència de la Supreme Court ha ofert alguns paràmetres.³⁰

No obstant això, cal remarcar que la voluntat del menor per si sola no pot resultar decisòria o determinant, ja que es tracta d'una opinió encaminada a determinar el seu propi interès.³¹ Per tant, la voluntat del menor necessàriament ha de ser sempre ponderada amb la resta de criteris establerts en l'article 233-11 CCCat, els quals permeten identificar l'interès superior del menor. Com manifestava el TSJC en la Sentència objecte del present comentari, «en ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso». Per aquest motiu, el TSJC estableix tres condicions que s'han de complir per tal que l'opinió del menor amb prou coneixement, a favor del canvi de règim de guarda, pugui ser respectada.

En primer lloc, l'opinió del menor ha de ser «libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres». Per exemple, en la Sentència de l'APB de 18 de novembre de 2005 (Roj 9564/2005; magistrat ponent: Viñas Maestre), si bé el menor va manifestar en l'exploració judicial la seva voluntat de passar a conviure amb el seu pare, es va considerar que podia estar immers en un conflicte de lleialtats, ja que en l'informe de l'Equip d'Assessorament Tècnic es posava de manifest una certa ambivalència.

En segon lloc, és necessari que «sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo». En aquest sentit trobem la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 31 d'octubre de 2013 (Roj 770/2013; magistrat ponent: Sainz Pereda), en la qual es va resoldre contra la voluntat del menor de continuar vivint amb la mare perquè es va considerar que

29. D'acord amb la s. 60CC(3)(a), «any views expressed by the child and any factors (such as the child's maturity or level of understanding) that the court thinks are relevant to the weight it should give to the child's view». En la doctrina, vegeu Lisa YOUNG, Geoffrey MONAHAN, Adiva SIFERIS i Robyn CARROLL, *Family law in Australia*, Chatswood, Lexis Nexis Butterworths, 2013, p. 510-511.

30. Peter LØDRUP i Tone SVERDRUP, «National Report: Norway», a COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, *Parental responsibilities*, en premsa, p. 12; Kristin SKJØRTEN, «Children's voice in Norwegian custody cases», p. 293.

31. En aquest sentit, per exemple, s'ha pronunciat la Interlocutòria del TSJC de 28 d'octubre de 2010 (Roj 561/2010; magistrat ponent: Valls Gombau): «[E]l principio fundamental del *favor filii* en cada supuesto tiene una solución concreta en la que se atiende al interés del menor sin que sea vinculante la manifestación del menor aunque sea un elemento a tener en cuenta» (FJ 3r). També trobem la Sentència del TSJC de 6 de febrer de 2012 (Roj 1941/2012; magistrat ponent: Ramos Rubio, FJ 8è).

la decisió es devia a la falta de capacitat de la mare per a posar límits al menor, la qual havia ocasionat un alt nivell d'absentisme escolar.

En tercer lloc, cal que l'opinió del menor «no venga desaconsellada per la especial incidència de otros criterios», els quals s'han de correspondre amb els previstos en l'article 233-11 CCCat. Això va succeir en la Sentència de l'APB de 27 de març de 2007 (Roj 687/2007; magistrat ponent: Viñas Maestre). Malgrat que fins a aquell moment la guarda havia correspost a la mare i que el menor s'havia manifestat a favor que continués sent així, es va confirmar la Sentència de Primera Instància, d'acord amb la qual passava a correspondre al pare, ja que es va considerar que l'entorn matern no afavoria la seva estabilitat emocional (baix rendiment escolar i conducta agressiva) i que hi havia factors de risc que comprometien el seu desenvolupament equilibrat (havia estat agredit per la nova parella de la mare). En aquest sentit també trobem la Sentència de l'APB de 18 de novembre de 2005 (Roj 9564/2005; magistrat ponent: Viñas Maestre), en la qual es va resoldre contra la voluntat del menor de passar a viure amb el seu pare perquè es va considerar que aquest prèviament no s'havia involucrat ni interessat per la problemàtica escolar del seu fill, per la qual cosa l'entorn matern resultava millor per a la seva estabilitat emocional.

En el cas de les altres normatives estudiades, en la jurisprudència es preveuen criteris similars per tal de prendre en consideració l'opinió expressada per un menor.³² No obstant això, el criteri de l'edat i la maduresa té una rellevància específica, atès que és l'únic que està previst per la llei.³³ De manera que, com més edat té el menor, més probable és que el jutge resolgui conformement a la seva opinió. La prevalença del criteri de l'edat i la maduresa resulta conforme amb l'article 12.1 CNUDI, d'acord amb el qual «the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of children».³⁴

32. Per exemple, al Regne Unit es valora si la voluntat dels fills resulta contrària als seus interessos a llarg termini, així com els sentiments afectius cap a un dels progenitors; vegeu Frances BURTON, *Family law*, p. 324. En el cas d'Austràlia es prenen en consideració la força i la duració de la seva voluntat, els motius justificatius d'aquesta i el benestar global del menor; vegeu Lisa YOUNG, Geoffrey MONAHAN, Adiva SIFRIS i Robyn CARROLL, *Family law in Australia*, p. 524. A Noruega es tenen en compte els lligams afectius amb cada un dels progenitors, el risc de canviar l'entorn del menor, l'estabilitat en la cura i les característiques personals dels progenitors, incloent-hi la seva capacitat per a mantenir el menor aliè als conflictes parentals i vetllar pel manteniment del contacte del fill amb l'altre progenitor; vegeu Kristin SKJØRTEN, «Children's voice in Norwegian custody cases», p. 293.

33. Al Regne Unit s'estableix: «[...] considered in the light of his age and understanding» (s. 1(3)(a) *Children Act*). En el cas d'Austràlia: «[...] any factors (such as the child's maturity or level of understanding) that the court thinks are relevant to the weight it should give to the child's view» (s. 60CC(3)(a) *Family Law Act*). I a Noruega: «When the child reaches the age of 12, the child's opinion shall carry significant weight» (s. 31 *Children Act*).

34. Aquest precepte ha estat interpretat pel COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Convention on the rights of the child. General comment n° 12*, p. 8-9, en el sentit que l'opinió expressada ha de ser seriosament presa en consideració pel tribunal quan el menor és capaç de formar les seves pròpies opinions. És a dir, en la mesura que pugui comprendre les conseqüències a llarg termini, segons la seva edat i madu-

En aquest punt i retornant a la Sentència objecte del present comentari, cal fer referència a l'al·legació del recurrent que l'opinió expressada pel menor havia de prevaldre sobre la resta de criteris continguts en l'article 233-11 CCCat, ja que tenia setze anys, edat suficient per a emancipar-se.

Si bé el TSJC va rebutjar l'argument de l'emancipació perquè aquesta està sotmesa a unes condicions que tampoc no s'apreciaven en el cas, no s'apartà del criteri de les audiències provincials a favor de respectar la voluntat dels menors més propers a la majoria d'edat,³⁵ excepte en els supòsits en què aquesta voluntat resulti contrària al seu propi interès. Al cap i a la fi, les tres condicions (examinades prèviament) que s'han de complir per tal que la voluntat del menor sigui respectada coincideixen amb la ponderació dels altres criteris, considerats en l'article 233-11 CCCat, que permeten la determinació de l'interès superior del menor en consideració a les seves circumstàncies. De fet, en el cas de la sentència examinada, la voluntat del menor no fou respectada perquè no complia cap de les tres condicions anteriors. En primer lloc, es va considerar que la seva opinió podia estar influenciada pel pare, el qual no l'havia mantingut al marge dels seus conflictes amb la mare, per la qual cosa el menor havia esdevingut partícip actiu en els seus enfrontaments.³⁶ En segon lloc, els arguments del menor es fonamentaven més en la comoditat que no pas en un conflicte greu de convivència amb la seva mare que li causés perjudicis o pertorbacions anímiques.³⁷ En

resa. En aquest sentit també trobem Fiona ANG, Eva BERGHMANS, Marie DELPLACE, Valentina STAELENS, Caroline VANDRESSE i Mieke VERHEYDE, «Participation rights in the UN Convention on the rights of the child», p. 18-19.

35. En aquest sentit, per exemple, trobem: «Ahora bien, L. P. tiene quince años y está a punto de cumplir los dieciséis y, con tal edad, resulta difícil imponer a los hijos los criterios de los padres» (Sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 27 de juliol de 2006 [Roj 1136/2006; magistrat ponent: Ferrero Hidalgo], FJ 2n); «a su edad ya tiene una voluntad formada, de la que resulta su firme deseo de convivir con el padre, cualquier nueva modificación de esta situación [...] resultaría inadecuada y un pronunciamiento prácticamente inútil, ya que estando próxima la mayoría de edad del hijo [...]» (Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona d'1 d'abril de 1998 [Roj 3456/1998; magistrat ponent: Salva Cortes], FJ 2n); «Cuando se trata de adolescentes, y más si están próximos a cumplir la mayoría de edad, el criterio de la Sala ha sido, por lo general, no considerar procedente imponerles la custodia de un progenitor en contra de su voluntad, ni un régimen de visitas rígido, ni estandarizado» (Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 31 d'octubre de 2013 [Roj 770/2013; magistrat ponent: Sainz Pereda], FJ 6è). La doctrina també s'ha posicionat a favor que a partir d'una determinada edat la voluntat sigui essencial a l'hora de prendre una decisió; vegeu María LINACERO DE LA FUENTE, «Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio, y Ley 15/2005, de 8 de julio», *Revista de Derecho Privado*, vol. 90, núm. 2 (2006), p. 66.

36. En canvi, per exemple, en la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 20 de setembre de 2013 (Roj 653/2013; magistrat ponent: Sainz Pereda) es va considerar que «Los dos [menores] expresaron sus preferencias fundadamente, aludiendo a sus estudios en Igualada y a sus horarios escolares y en actividades extraescolares, apreciando la Sala su grado de madurez y su capacidad suficiente para formar su voluntad y entender el alcance de una decisión como la que nos ocupa» (FJ 2n).

37. En sentit contrari, per exemple, trobem casos en què es va respectar la voluntat del menor perquè es va considerar que els motius eren suficientment justificats: «la situación con la madre era insostenible al haber discusiones frecuentes en la casa con su hermano» (Sentència de l'Audiència Provincial de

tercer lloc, no existien causes suficients que permetessin justificar que fos separat de la seva germana més petita.³⁸ De manera que el TSJC va considerar que el manteniment de la guarda compartida era la mesura que resultava més conforme amb l'interès del menor, atès que els dos progenitors eren idonis per a atendre les seves necessitats i que no existien causes objectives que aconsellessin una modificació.

3. CONSIDERACIONS FINALS

En la concreció de l'interès superior del menor s'ha d'assegurar el respecte als seus drets (la major part fonamentals), dels quals és titular des del seu naixement,³⁹ per tal d'assegurar el seu benestar en sentit estricte i preservar la seva personalitat.⁴⁰ La raó és que el legislador català, com ha posat de manifest Navas Navarro, empra dos conceptes jurídics de *benestar*: el primer implica «benestar material» i el segon pressuposa l'anterior i inclou el «desenvolupament físic, mental, espiritual, moral i social, d'una manera lliure i harmònica».⁴¹

La participació del menor en la presa de decisions sobre el règim de guarda és una de les manifestacions de l'obligació de respecte a la seva personalitat, imposada

Barcelona de 28 de gener de 2014 [Roj 605/2014; magistrat ponent: Noblejas Negrillo], FJ 2n); «la relación entre C. y su madre ha pasado por momentos tensos y difíciles como consecuencia de la crisis conyugal (incluidas agresiones de la hija a su madre)» (Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 27 de maig de 2013 [Roj 486/2013; magistrat ponent: Sainz Pereda], FJ 2n); «persistencia en las dificultades de convivencia entre madre e hija» (Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 9 de maig de 2012 [Roj 4491/2012; magistrat ponent: Sambola Cabrer], FJ 2n).

38. Vegeu en sentit contrari la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona de 17 d'abril de 2001 (Roj 695/2001; magistrat ponent: Artero Mora), la qual no va considerar pertinent modificar l'atribució de la guarda de la filla gran al pare i la de la filla petita a la mare, malgrat que les germanes visquessin separades, ja que resultava més beneficiós per a la de menys d'edat sobre la base que l'actitud dels pares sobre el règim de visites no era gens pacífica (la mare havia presentat nombroses denúncies contra el pare per retards en la devolució de la filla petita després dels caps de setmana).

39. Encarna ROCA TRIAS, *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999, p. 212; Encarna ROCA TRIAS, «Contestación al discurso de ingreso del académico de número Dra. Alegría Borràs Rodríguez», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 93, núm. 4 (1994), p. 122; Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Artículo 211-6», p. 72.

40. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor», p. 275 i 278; Susana NAVAS NAVARRO, «Child's life, step-family and decision-making process», *Beijing Law Review*, vol. 4, núm. 2, p. 63. Resulta rellevant la definició de Navas Navarro sobre l'interès del menor: «la garantía del respecte a l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals» (Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», p. 287). En la legislació, trobem que l'art. 236-2 CCCat estableix que la potestat parental s'ha d'exercir d'acord amb la personalitat del menor i per a facilitar el ple desenvolupament d'aquest, i l'art. 6 LDOIA determina que en la criança i la formació s'ha de garantir el desenvolupament del menor.

41. Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», p. 285.

als pares i a l'autoritat judicial i la qual li permetrà promoure la seva autonomia personal.⁴² Aquesta obligació no només comprèn el fet que el menor sigui escoltat, sinó també que en la decisió adoptada es respecti la seva voluntat en la mesura que es pugui, excepte que hi hagi una causa de pes que justifiqui resoldre en un sentit diferent, la qual s'haurà d'expressar i de justificar en la resolució judicial.⁴³ De manera que l'establiment per part del TSJC de les tres condicions per tal que l'opinió del menor sigui respectada, permet garantir el compliment d'aquesta obligació. Cal tenir en compte que la finalitat del programa constitucional de protecció de la personalitat del menor d'edat (art. 10 i 39 CE), tal com ha defensat Roca Trias, és que aquest esdevingui un ciutadà quan assoleixi la majoria d'edat.⁴⁴ Com es posa de manifest en l'exposició de motius de la LOPJM, «la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro». És a dir, es vol vetllar perquè el menor acabi esdevenint una persona autònoma, responsable i autosuficient.⁴⁵ Aquest enfocament emprat per a la determinació de l'interès del menor i basat en els drets de l'infant (perspectiva del menor) en lloc del seu benestar (perspectiva de l'adult), permet que la posició del menor esdevingui cabdal en la presa de decisions, en lloc dels sumaris realitzats pels experts.⁴⁶ Per tant, no es decideix sobre la base del que els

42. M. del Carme GETE-ALONSO I CALERA, «Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana», p. 3; Susana NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Jorge CAFFARENA LAPORTA, José María MIQUEL GONZÁLEZ, Vicente L. MONTÉS PENADÉS, Antonio Manuel MORALES MORENO i Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tom I, Madrid, Civitas, 2003, p. 698; Alejandra de LAMA AYMA, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, València, Tirant lo Blanch, 2006, p. 101; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor», p. 304-305. En la doctrina estrangera, vegeu Stephen R. ARNOTT, «Autonomy, standing, and children's rights», *William Mitchell Law Review*, vol. 33, núm. 3 (2007), p. 818-819; Shazia CHOUDHRY i Helen FENWICK, «Taking the rights of parents and children seriously: confronting the welfare principle under the Human Rights Act», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 3 (2005), p. 492; Kristin SKJØRTEN i Rolf BARLINDHAUG, «The involvement of children in decisions about shared residence», p. 383-384.

43. Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de Catalunya», p. 292-293; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor», p. 201-202 i 304-305.

44. Encarna ROCA TRIAS, «Familia y cambio social», p. 219-220. Vegeu també Encarna ROCA TRIAS, «Contestación al discurso de ingreso», p. 106, que afirma que el menor d'edat és considerat com «un subjecte a qui encarrilar en el difícil món de les relacions socials a través de l'educació i de les facultats derivades de la pàtria potestat».

45. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor», p. 174 i 179-180; Alejandra de LAMA AYMA, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, p. 101. En la doctrina estrangera es pot consultar: Jane FORTIN, *Children's rights and the developing law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 81; Fiona ANG, Eva BERGHMANS, Marie DELPLACE, Valentina STAELENS, Caroline VANDRESSE i Mieke VERHEYDE, «Participation rights in the UN Convention on the rights of the child», p. 36-37.

46. Per aquest motiu, s'ha afirmat que des de la perspectiva del menor es persegueix l'articulació dels seus interessos com a drets. Vegeu Jane FORTIN, «Accommodating children's rights in a Post Human

adults creuen que es correspon amb el benestar del menor, el qual no ha de coincidir necessàriament amb el benestar actual que aquest té.⁴⁷ La principal crítica que la doctrina ha formulat a la perspectiva de l'adult és que el benestar del menor resulta molt difícil de determinar (en alguns casos és inclús impossible) i encara ho és més predir quin serà en el futur, en consideració a la complexitat i la pluralitat de les necessitats de cada menor i de les circumstàncies que s'han de tenir en compte.⁴⁸

Des de la perspectiva del menor, en cas de conflicte entre els drets del menor i els drets dels progenitors, aquests s'han de situar al mateix nivell i han de ser ponderats⁴⁹ i resolts aplicant el principi de proporcionalitat. Per tant, la restricció del dret individual dels progenitors serà possible sempre que resulti adequada, necessària i proporcional per tal d'assegurar el respecte a l'òptim desenvolupament de la personalitat del menor mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals.⁵⁰

Rights Act Era», *The Modern Law Review*, vol. 69, núm. 3 (2006), p. 300 i 311-312. Resulta rellevant l'afirmació de Jane FORTIN, *Children's rights and the developing law*, p. 297: «[...] should focus judicial attention more clearly on the child's position in relation to the adults involved. In so doing, it should avoid judgements which amount to little more than a series of vague conclusions justified by reference to best interests and welfare».

47. Isabelle D. CHERNEY, Adam J. GRETEMAN i Brittany G. TRAVERS, «A cross-cultural view of adults' perceptions of children's rights», *Social Justice Research*, vol. 21, núm. 4 (2008), p. 435; Sandra KEEN MCGLOTHLIN, «No More 'Rag Dolls in the Corner': A proposal to give children in custody disputes a voice, respect, dignity and hope», *Journal of Law & Families Studies*, vol. 11, núm. 1 (2008), p. 81; Anne B. SMITH, Nicola J. TAYLOR i Pauline TAPP, «Rethinking Children's involvement in decision-making after parental separation», p. 208; Jane FORTIN, *Children's rights and the developing law*, p. 291-292; Bren NEALE, «Dialogues with children: children, divorce and citizenship», p. 457; Susana NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», a Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO i Sergio NASARRE AZNAR (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 684-685.

48. Robert A. BURT, «El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres», a Mary BELOFF (comp.), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 196-197; Bren NEALE, «Dialogues with children: children, divorce and citizenship», p. 459; Adrian L. JAMES, «Pump up the volume: listening to children in separation and divorce», *Childhood*, vol. 6, núm. 2 (1999), p. 189-190. De fet, alguns estudis han posat de manifest que alguns menors, tot i ser part de la mateixa família, tenen experiències i sentiments molt diferents després de la separació dels seus pares. Vegeu en aquest sentit Ian BUTLER, Lesley SCANLAN, Margaret ROBINSON, Gillian DOUGLAS i Mervyn MUNICH, «Children's involvement in their parents' divorce: implications for practice», *Children & Society*, vol. 16, núm. 2 (2002), p. 99; Anne B. SMITH, Nicola J. TAYLOR i Pauline TAPP, «Rethinking Children's involvement in decision-making after parental separation», p. 202.

49. Ian BUTLER, Lesley SCANLAN, Margaret ROBINSON, Gillian DOUGLAS i Mervyn MUNICH, «Children's involvement in their parents' divorce», p. 99; Jane FORTIN, «Accommodating children's rights in a Post Human Rights Act Era», p. 306 i 309. En aquest sentit, Michael FREEMAN, «What's right with rights for children», *International Journal of Law in Context*, vol. 2, núm. 1 (2006), p. 95, va afirmar que la perspectiva del menor no implicava necessàriament que els interessos dels adults no fossin presos en consideració, ja que «it may not be in the child's interests to be raised in a relationship in which a parent's rights were being wrongly ignored».

50. Susana NAVAS NAVARRO, «Interès del menor i models de guarda en el llibre II del Codi civil de

Aquest enfocament resulta plenament conforme amb el del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), el qual també ha adoptat el principi de proporcionalitat per a resoldre conflictes de drets.⁵¹ En el cas de la modificació del règim de guarda, requereix que es ponderi el dret al respecte a la vida privada i familiar de cadascuna de les parts implicades (art. 8.1 de la Convenció Europea de Drets de l'Home [CEDH]).⁵² Prenent en consideració les circumstàncies del cas, es valora si la ingerència de l'autoritat pública queda justificada de manera rellevant i suficient, conforme amb l'article 8.2 CEDH. De manera que si una de les opcions és lleugerament preferible per al menor, comparada amb la d'un dels progenitors, per aplicació de l'interès del menor haurà de ser escollida, inclús quan signifiqui una vulneració dels drets dels pares.⁵³ No obstant això, en cap cas significa que l'interès superior del menor prevalgui automàticament sobre el dret dels progenitors al respecte a la vida privada i familiar, sinó que comporta que es dugui a terme una ponderació («fair balance»). Per exemple, en el cas *Elsholz versus Germany* (2000), el TEDH va declarar que s'havia produït una vulneració de l'article 8 CEDH perquè s'havia denegat un règim de visites al pare sobre la base de les declaracions efectuades pel seu fill de cinc anys, sense que aquell hagués

Catalunya», p. 287-289; Susana NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», p. 695-699. En la jurisprudència vegeu la Sentència del TSJC de 30 de maig de 2013 (Roj 5339/2013; magistrat ponent: Abril Campoy, FJ 3r), segons la qual la ponderació dels interessos en joc ha d'estar subordinada a la protecció jurídica de la persona i dels drets de personalitat dels menors afectats (Interlocutòria del Tribunal Constitucional 336/2007, de 18 de juliol de 2007, FJ 1r).

51. Helen FENWICK, «Clashing rights, the welfare of the child and the Human Rights Act», *The Modern Law Review*, vol. 67, núm. 6 (2004), p. 904; Jane FORTIN, *Children's rights and the depeloping law*, p. 59; Jane FORTIN, «Accommodating children's rights in a Post Human Rights Act Era», p. 312-313. Shazia CHOUDHRY i Helen FENWICK, «Taking the rights of parents and children seriously», p. 484, han manifestat que «a right-based model need not be viewed merely as one based on conflict».

52. En la gran majoria de casos, aquests drets es corresponen amb els del progenitor al qual ha estat atribuïda la guarda (manteniment d'una vida familiar estable), amb els d'aquell que no la té (gaudi de la companyia del fill) i amb els del mateix menor (Shazia CHOUDHRY i Helen FENWICK, «Taking the rights of parents and children seriously», p. 484 i 488-489; Jane FORTIN, *Children's rights and the depeloping law*, p. 310). D'acord amb la jurisprudència del TEDH, el dret del menor al respecte a la seva vida privada i familiar comprèn «a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human being and the outside world» (*Bensaid versus The United Kingdom* [2001], par. 47). No obstant això, aquests poden entrar en conflicte en cas que un menor es negui a mantenir contacte amb algun dels seus progenitors (Jane FORTIN, «Accommodating children's rights in a Post Human Rights Act Era», p. 312-313).

53. En la jurisprudència del TEDH vegeu la Sentència del cas *Johansen versus Norway* (1996), en la qual el Tribunal va declarar que s'havia d'establir un «fair balance» entre els interessos del menor i els dels progenitors. En la realització d'aquesta ponderació, «the Court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent» (cas *Johansen versus Norway*, *Application num. 17383/90, Judgement of 27 June 1996*, par. 78). La tendència del TEDH de donar més rellevància als drets dels menors ha estat generada per la influència creixent de la CNUDI (Shazia CHOUDHRY i Helen FENWICK, «Taking the rights of parents and children seriously», p. 477).

pogut participar suficientment en el procés de decisió.⁵⁴ El TEDH es va tornar a posicionar en aquest mateix sentit en el cas *C. versus Finland* (2006), en el qual es va apreciar una vulneració de l'article 8 CEDH perquè es va atribuir força incondicional a la voluntat de dos majors de dotze anys sense haver investigat si efectivament aquesta responia o no al seu interès superior.⁵⁵

A tall de conclusió, cal afirmar que el dret del menor a participar en les decisions que l'afecten directament garanteix el desenvolupament de la seva personalitat, raó per la qual els menors han de ser consultats i la seva opinió ha de ser presa seriosament en consideració sempre que tinguin prou coneixement. D'aquesta manera, la visió tradicional del menor com a víctima passiva i vulnerable de les eleccions dels seus pares queda superada per una de més moderna en la qual aquest adquireix una certa responsabilitat en les conseqüències derivades de la separació o el divorci, ja que participa activament en la determinació del seu propi interès.⁵⁶

54. La Mettmann District Court i la Wuppertal Regional Court van denegar el dret de visita al pare basant-se en la mala relació existent entre els pares, que exposava el menor a un conflicte de lleialtats. De fet, en les dues vistes celebrades, el nen (de cinc anys) va faltar al respecte al pare i va afirmar que no volia mantenir-hi cap contacte. El TEDH va manifestar que, si hagués fet un informe un psicòleg independent, s'hauria pogut comprovar si les declaracions del menor havien estat influenciades per la mare, raó per la qual «the decision of the two courts not to appoint an expert, as requested by him and recommended by the Youth Office, was not only a violation of the father's interests but also of those of the child» (*Elscholz versus Germany, Application num. 25735/94, Judgement of 13 July 2000*, par. 33).

55. La Supreme Court de Finlàndia va decidir que, després de la mort de la mare, la custòdia dels fills de dotze i catorze anys correspongués a la parella d'aquesta (amb qui fins aleshores havia estat vivint). D'acord amb l'*Act on the Implementation of Decisions Concerning Child Custody and Right of Access*, la custòdia corresponia al pare, però es va atribuir a la parella de la mare perquè la secció 2 d'aquesta Llei establí que cap decisió dictada en virtut d'aquesta es podia executar contra la voluntat dels majors de dotze anys o dels fills de menys edat, en cas que fossin suficientment madurs; vegeu Kirsti KURKI-SUONIO, «National Report: Finland», a COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, *Parental responsibilities*, en premsa, p. 32-33. El TEDH es va manifestar en els següents termes: «Furthermore it did so without holding an oral hearing in which it might invite the parties to address the matter or without taking any steps to clarify, through further evidence or expert opinion, any divergent interpretation of the evidence or whether greater harm would be caused to the children's welfare by a decision in the applicant's favour» (*C. versus Finland, Application num. 18249/02, Judgement of 9 May 2006*, par. 58). Actualment, l'execució no pot iniciar-se contra la voluntat dels menors; vegeu DIRECTORATE GENERAL OF SOCIAL COHESION, *Child and youth participation in Finland: A Council of Europe policy review*, Estrasburg, Strasbourg Cedex, 2011, p. 108.

56. Felicity KAGANAS i Alison DIDUCK, «Incomplete citizens: changing images of post-separation children», *The Modern Law Review*, vol. 67, núm. 6 (2004), p. 960-961; Adrian L. JAMES, «Pump up the volume», p. 189; Bren NEALE, «Dialogues with children: children, divorce and citizenship», p. 458; Anne B. SMITH, Nicola J. TAYLOR i Pauline TAPP, «Rethinking children's involvement in decision-making after parental separation», p. 213-214.