

AUTE

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 26 de juny del 2019.

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del magistrat del Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA que ho és del Tribunal, i els magistrats Sr. Vincent ANIÈRE i Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 18.12.18, el Tribunal Unipersonal del Batlle va dictar Aute en el que resolvia que :

“Primer.- Reprendre els contactes del progenitor el Sr. L. C. Á. G. en el sentit interessat pels Serveis Socials en els seus darrers informes de data 14 i 20 de novembre del 2018 entre la menor R. i el seu progenitor Sr. L. C.A.G., les quals seran tutelades pel Servei de Trobada Familiar (STF); aitals contactes es suspendran de manera immediata, si es causés per part del progenitor qualsevol incidència que pogués desestabilitzar a la menor.

Segon.- Establir sota la supervisió dels Serveis Socials, un règim de visites del menor L. C. amb el seu progenitor Sr. L. C. A. G., suspenent-se de manera immediata aital contactes, si es causés per part del progenitor qualsevol incidència que pogués desestabilitzar al menor.

Tercer.- Notificar la present resolució judicial als progenitors dels menors, al Magnífic Ministeri Fiscal i a la Direcció del Servei Social del M.I. Govern d'Andorra.”

II.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació el Sr. L. C. A. G., en virtut dels arguments que exposa en el seu escrit de conclusions presentat en data 24.4.19, demana que es dicti Aute amb les següents disposicions :

“1.- Anul·lant les actuacions per vulneració del dret dels meus fills a ésser escoltats i al dret a la jurisdicció i a obtenir una decisió fonamentada en dret, retrotraient-les al moment processal anterior a dictar l'aute de data 18 de desembre del

2018.

2.- *Declarant que procedeix nomenar a cadascun dels menors L.C. i R. A. E., un representant independent, per tal que defensi llurs interessos.*

3.- *Declarant que s'ha de garantir el dret d'audiència dels referits menors.*

4.- *Declarant que el Tribunal de primera instància ha de dictar nova resolució, després d'escoltar els menors i amb exprés pronunciament sobre totes les peticions formulades pel sotasignat en el seu escrit de data 16 de juliol del 2018.*

5.- *Subsidiàriament, en cas que aquest M.I. Tribunal no donés lloc a la nul·litat de les actuacions, revocar l'aute recorregut i restituir la guarda i custòdia dels menors L. C. i R. A. E. al seu pare i restablir al progenitor la pàtria potestat mèdica del fill L. C..*

6.- *Més subsidiàriament, encara, en el suposat i negat cas que no fos restituïdes al sotasignat la guarda i custòdia dels referits menors, així com la pàtria potestat mèdica del nen L. C., estableixi un règim de visites regular entre els menors i el sotasignat, a realitzar fora de les dependències del Servei de Trobada Familiar, revisable, al cap de tres mesos o en la periodicitat que estimi aquest M.I. Tribunal, amb la finalitat que els menors retorni, en els meus breus terminis, amb llur pare, restituint a aquest, la guarda i custòdia dels menors i la pàtria potestat mèdica del fill L. C.."*

III.- En data 10.5.19 el Ministeri Fiscal, ha presentat el corresponent escrit de contesta a les conclusions, pel quin s'oposa al recurs d'apel·lació formulat contra l'Aute dictat en data 18.12.19, i interessant en conseqüència la íntegra confirmació de la resolució recorreguda per ésser plenament ajustada a Dret.

Ha actuat com a magistrat ponent el Sr. Carles CRUZ MORATONES.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- En l'Aute de 18.12.18 objecte d'impugnació pel qual es decideix reprendre els contactes d'una menor de catorze anys d'edat amb el seu progenitor i també l'establiment d'un règim de visites amb l'altre menor de setze anys i el mateix progenitor, no s'ha procedit a ser escoltats abans de prendre la decisió impugnada. El progenitor, pare dels dos menors denuncia aquest fet i demana que es procedeixi a la nul·litat de les actuacions a fi que siguin escoltats els seus fills i també que la Batllia resolgui sobre la seva petició de restitució de la guarda i custòdia dels seus fills i de la restitució de la pàtria potestat mèdica del seu fill L. C. que va efectuar en data 16.7.18, denunciant la violació del dret fonamental a obtenir una decisió fonamentada en dret (art. 10 de la Constitució) atès que la decisió impugnada no fa esment a les seves peticions.

SEGON.- Necessitat de ser escoltats els menors

Es fa necessari abordar per la Sala - com ja férem en la ATJC 266/18 de 29.1.19 o en el de 24.1.19 ATJC 304/18, en la si cal que existeixi per l'autoritat

judicial una entrevista directa amb l'infant afectat o és suficient que pugui ser suficient per a una decisió judicial, l'entrevista que pugui efectuar alguna altre professional o institució.

Com es sabut, d'acord amb l'article 3.4 de la Constitució, els tractats i acords internacionals s'integren en l'ordenament jurídic a partir de la seva publicació en el B.O.P.A. i no poden ser modificats o derogats per les lleis. El nostre país no només ha ratificat la Convenció dels drets de l'infant, aprovada per Nacions Unides en l'Assemblea General de 20.11.1989, sinó que també ha ratificat els protocols facultatius de la Convenció esmentada, així com altres convenis internacionals de Nacions Unides i del Consell d'Europa que tenen relació amb la infància i l'adolescència. No podem passar per alt l'article 12 del Convenció esmentada, que preveu:

“1. Els Estats parts garanteixen a l'infant, que estigui en condicions de formar-se un judici propi, el dret d'expressar lliurement la seva opinió sobre tota qüestió que l'afecti; les opinions de l'infant han d'ésser degudament preses en consideració tenint en compte la seva edat i el seu grau de maduresa.

2. A tal fi, hom donarà especialment a l'infant la possibilitat d'ésser escoltat en qualsevol procediment judicial o administratiu que l'afecti, sigui directament, sigui per l'intermediari d'un representant o d'un organisme apropiat, de manera compatible amb les normes de procediment de la legislació nacional”.

En relació a aquest precepte, l'observació general 12 relativa al dret del menor de ser escoltat adoptada pel Comitè dels Drets de l'Infant a l'ocasió de la 51^a sessió del 25-5-2009 que ja recollíem literalment en la nostra STJC 304/18 que analitza literalment el contingut de l'esmentat art. 12 de la Convenció per arribar a la recomanació que sempre es doni prioritat a l'opció de que el menor sigui escoltat directament pel Tribunal.

També es sabut que el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) és el màxim intèrpret del Conveni Europeu de Drets Humans de 4.11.1950, ratificat per Andorra en el 21.12.1995, el qual en l'article 6 ens defineix el que ha d'entendre's per un judici just o equitatiu. Recordem que el Tribunal Constitucional ha dictaminat que la jurisprudència TEDH és font d'interpretació dels drets humans previstos en la Constitució (STC 20.12.16 RE36).

Doncs bé, el TEDH ha considerat que dins de la seva definició s'hi comprèn el dret d'un menor d'edat de ser escoltat directament pel jutge abans de prendre una decisió que li afecti de manera personal o patrimonial.

Així ens trobem que la sentència del TEDH d'11.10.16 (Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra Espanya) es pronuncia en els següents termes:

“...42. Apunta que la petición del trámite de audiencia de las menores fue formulada expresamente ante el Juzgado de Primera Instancia en cuanto la demandante se opuso, el 28 de febrero de 2007, a la demanda de divorcio (apartado 9 anterior). No aprecia ninguna razón que justifique que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor con una edad entonces de más de 12 años, no fuera recogida directamente por el Juzgado de Primera Instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como lo exigía la Ley interna (apartado 18 anterior). El TEDH no ve tampoco ninguna razón que justifique que el Juzgado de Primera Instancia no se pronunciara, en el marco de este mismo procedimiento, de manera motivada sobre la solicitud de la hija menor de ser oída por aquel, tal como se lo exigía la Ley. La denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el Juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (apartado 13 anterior), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el Juez, no obstante las disposiciones legales aplicables, sin que las jurisdicciones superiores que examinaron los recursos que aquella había interpuesto pusieran remedio a tal privación.

43. Por lo que el TEDH concluye que las jurisdicciones internas no han garantizado a la demandante su derecho a un proceso equitativo, en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio.

En consecuencia, se ha producido vulneración de esta disposición.....”

TERCER.- Aplicada aquesta doctrina al cas present, observem que abans de prendre la decisió del passat 18.12.18, no es va dur cap entrevista personal de la Sra. Batlle amb els dos menors concernits per la seva decisió, cosa que contradiu el que ja hem relatat dels compromisos internacionals del nostre país. Tant la menor R.com el seu germà L. C. tenen ja una edat que permet presumir la seva condició de “menor madur” perquè pugui la Batlle d'instància efectuar la seva exploració en les condicions que estimi més adients i en presència del Ministeri Fiscal que és qui té encomanada per mandat constitucional la protecció dels drets dels menors, sense que sigui precís que s'hagi de nomenar cap altra persona perquè defensi els seus interessos, com sembla demanar el recurrent en el seu escrit de recurs. Sense perjudici de que també la mare hagi de ser escoltada com a cotitular de la pàtria potestat.

En conseqüència, és necessari anul·lar les actuacions al moment anterior a la resolució impugnada a fi que puguin ser explorats els menors per la Sra. Batlle, en presència del Ministeri Fiscal i posteriorment es resolgui amb llibertat de criteri i sobre totes les qüestions plantejades pel progenitor Sr. Á. G..

QUART.- Atesa la naturalesa d'aquesta classe de litigis, no fem

imposició de les costes en aquesta alçada.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR el recurs interposat per la representació processal del Sr. L. C. A. G. contra l'Aute de l'Hble. Sra. Batlle de data 18 de desembre de 2018 que **anul·lem i retrotraiem** les actuacions al moment anterior a la resolució impugnada a fi que puguin ser explorats els menors per la Sra. Batlle, en presència del Ministeri Fiscal, i, posteriorment, es resolgui amb llibertat de criteri sobre totes les qüestions plantejades pel progenitor Sr. A.

No fem pronunciament sobre costes d'aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

Així per aquesta nostra resolució, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-