



TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2022/2023
Convocatoria: Julio

**EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO EN LOS
PROCESOS MATRIMONIALES EN LOS QUE SE RESUELVE SOBRE
LA GUARDA Y CUSTODIA. CONSECUENCIAS DE SU
VULNERACIÓN.**

The minor's right to be heard in matrimonial proceedings in which guardianship and custody is decided. Consequences of its infringement.

Realizado por la alumna: Dña. María Muñoz Manduca.
DNI: 42222235-P.
Tutorizado por la Profesora: Dra. Estefanía Hernández Torres.
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.



Área de conocimiento: Derecho Civil.

ABSTRACT
<p>This paper deals with the right of minor's to be heard to on matters that affect them, recognised at supranational, national and even autonomous community level, with regard to which there is a great deal of imprecision in practice due to the number of legal texts that regulate it and the lack of homogeneity between them. In particular, it examines in depth whether the hearing of the minor is a means of proof -its legal nature-, its probative value, whether it is a right or an obligation of the minor, the absence of a specific procedure for carrying out the examination by the judge and the cases in which the hearing of the minor is understood to be mandatory, to culminate with the analysis of a series of sentences issued by our Courts that will allow us to know what happens in cases in which the child has not been heard in matrimonial separation, divorce or modification of measures agreed therein.</p> <p>Key Words: right of the minor to be heard, best interests of the minor, hearing, matrimonial proceedings, guardianship and custody.</p>

RESUMEN
<p>El presente trabajo aborda el derecho del menor a ser oído y escuchado sobre los asuntos que le afectan, reconocido tanto a nivel supranacional como nacional e incluso autonómico, respecto del que existe una gran imprecisión en la práctica por la cantidad de textos legales que lo regulan y la falta de homogeneidad entre ellos. En particular, se profundiza sobre si la audiencia del menor es un medio de prueba -su naturaleza jurídica-, su valor probatorio, si es un derecho o una obligación del menor, la ausencia o falta de contemplación de un procedimiento específico para llevar a cabo la exploración por el juez y los supuestos en los que la audiencia del menor se entiende preceptiva, para culminar con el análisis de una serie de sentencias emitidas por nuestros Tribunales que nos permitirán conocer qué ocurre en los casos en los que no se ha dado audiencia al</p>



menor en los procesos matrimoniales de separación, divorcio o modificación de medidas en ellos acordadas.

Palabras clave: derecho del menor a ser oído, interés superior del menor, audiencia, procesos matrimoniales, guarda y custodia.



Índice

I. Introducción.....	5
II. Antecedentes históricos. La situación tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	7
III. El derecho del menor a ser oído (audiencia del menor).....	9
1. Naturaleza jurídica del derecho a ser oído.....	9
a. La audiencia del menor como prueba de testigos o declaración testifical.....	11
b. La audiencia del menor como reconocimiento judicial de personas.....	12
2. Relevancia probatoria de la audiencia del menor.....	14
3. La audiencia del menor como derecho y no como obligación.....	17
IV. Regulación actual del derecho del menor a ser oído: plasmación en nuestro ordenamiento jurídico.....	17
1. Legislación supraestatal y derecho comunitario.....	18
2. Legislación estatal.....	20
a. Consideraciones previas sobre el derecho a ser oído en la legislación estatal.....	20
b. Análisis detallado del artículo 9 LOPJM.....	21
c. Disposiciones que regulan la audiencia del menor en el CC y en la LEC.....	24
3. Legislación autonómica.....	27
V. Análisis jurídico del derecho del art. 12 CDN.....	28
VI. Procedimiento de escucha del menor: el modo de realizar la exploración judicial.....	32
VII. Carácter preceptivo de la audiencia del menor. Posibles excepciones a la preceptividad como regla general.....	34
VIII. Especial atención al ejercicio de este derecho en los procesos matrimoniales: problemas prácticos.....	40
1. Sentencias que declaran la nulidad de las actuaciones porque el órgano competente no ha escuchado al menor, incluso siendo la audiencia preceptiva.....	40
2. Sentencias que confirman la no procedencia de la audiencia, aún siendo preceptiva, por ser innecesaria.....	45
IX. Conclusiones.....	49
X. Bibliografía.....	52



Abreviaturas

Art.	Artículo
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOC	Boletín Oficial de Canarias
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
FJ	Fundamento jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOPIVI	Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MF	Ministerio Fiscal
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
Pág.	Página
Ss.	Siguientes
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
<i>Vid.</i>	Vide



I. Introducción

Teniendo en cuenta cómo puede afectar al desarrollo psicoevolutivo y sociofamiliar del menor el no tener en cuenta o ni siquiera escuchar su opinión, deseos o preferencias a la hora de tomar una decisión que le afecta, aprovecharemos en este trabajo la oportunidad de poner de relieve que al menor, merecedor de una especial protección, se le reconoce el derecho a ser oído y escuchado tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento judicial, administrativo o de mediación. Derecho que forma parte o integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, y que, sin embargo, en muchas ocasiones no se hace efectivo por nuestros Jueces y Tribunales.

La tradición jurídica española nos obliga a hacer, en primer lugar, una distinción entre el “derecho a ser oído” y el “derecho a ser escuchado”, en el que ponen el acento los instrumentos internacionales ratificados por España. El derecho a ser oído debe entenderse como el derecho que el menor tiene a ser oído por la persona que tiene que tomar una decisión sobre los aspectos o asuntos que le afectan. En cambio, el derecho a ser escuchado va más allá, pues implica, además de lo expuesto anteriormente, que la opinión, deseos o preferencias manifestadas por el menor sean tenidos en cuenta -en mayor o menor medida- por quien realiza la escucha.

Este derecho presenta una dimensión propia, como derecho en sí mismo reconocido de forma independiente al menor, pero mantiene, a su vez, una vinculación estrecha con uno de los principios fundamentales que vertebra la Convención de los Derechos del Niño (art. 3) y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (art. 2), este es, el interés superior del menor: no se puede determinar correctamente el interés superior del menor si no se le ha escuchado con carácter previo a la resolución de un asunto que le afecta.



La relevancia de la audiencia del menor es clara en los procesos de familia. En nuestro estudio, prestaremos especial atención al ejercicio de este derecho en el marco en los procesos matrimoniales (nulidad, separación, divorcio y modificación de medidas definitivas), en los que, como se reitera a lo largo de este trabajo, la afectación del menor es indiscutible, de manera que la trascendencia de la audiencia del menor es evidente: la sentencia que se dicte en el seno de este tipo de procedimientos va a producir un cambio en su entorno familiar, y es por este motivo que a aquél ha de dársele la oportunidad de pronunciarse previa emisión de una sentencia que implique un cambio de vida tan drástico como el que suelen suponer estos procedimientos, por ejemplo, cuando el menor se ve obligado a convivir con uno de sus padres habiéndolo hecho hasta entonces con ambos o cuando cada 15 días tiene que cambiar de domicilio para cumplir con el régimen de custodia. Ahora bien, dado que la importancia de este derecho estriba, precisamente, en el interés superior del menor -en torno al cual girará cualquier decisión que se adopte- también debemos tener en cuenta que, en determinadas ocasiones, el ejercicio de este derecho por el menor puede no ser lo más conveniente para aquél dada la posibilidad de que la audiencia le repercuta negativamente: no debemos olvidar que en el caso concreto de la separación, divorcio o modificación de medidas, el derecho a ser oído implica que el menor acuda al proceso para manifestar sus deseos o preferencias en un litigio en el que sus progenitores se encuentran en posiciones contrapuestas o enfrentadas y en los que por desgracia, en más ocasiones de las que nos gustaría admitir, el menor es utilizado por aquellos para la satisfacción de sus propios intereses sin tenerlo en cuenta a él, sus emociones y las posibles secuelas que tal actuación le puede ocasionar.

No obstante, y en la medida en que el derecho a ser oído no es exclusivo de los procesos matrimoniales, comenzaremos el presente trabajo haciendo una contextualización genérica del derecho (antecedentes históricos, naturaleza, relevancia probatoria, regulación, análisis jurídico, etc) para concluir con el análisis de las distintas



posturas mantenidas por nuestros tribunales en los supuestos de inobservancia de la audiencia del menor.

II. Antecedentes históricos. La situación tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1989)¹ constituye el punto de partida a la hora de realizar un estudio y análisis de los derechos de quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad. Ello sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos internacionales, incluso previos a este, como la Convención de Ginebra de 1924 o la Declaración de Derechos del niño de 1959, que carecen del carácter imperativo propio y predicable de la CDN. Es este texto internacional el que consagra el derecho del niño a ser escuchado tal y como lo conocemos en la actualidad, configurándose su artículo 12 como “*una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos*”².

No obstante, la intervención del menor en el proceso, en términos genéricos, se remonta largo tiempo atrás. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 contemplaba (y regulaba) ya la posibilidad de intervención del menor en el proceso³, dejando, sin embargo, una importante laguna legal respecto de la forma en que había de realizarse dicha intervención⁴.

¹ El texto fue ratificado por España en 1990.

² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general n°12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*, apartado I.1. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> [Última fecha de consulta: 12 de julio de 2023].

³ *Vid.* art. 647 sobre la falta de exigencia a los menores de 14 años de prestar juramento a la hora de declarar como testigos o art. 1845 para el nombramiento del curador mediante comparecencia ante el juez acordada la instancia del menor.

⁴ RODA Y RODA, D: “*El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Murcia, 2014, pág. 202.



En la materia que ahora se estudia, esto es, el derecho del menor a ser oído y escuchado, encontramos -a nivel puramente interno- como antesala del panorama jurídico vigente, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁵, que introdujo (a lo largo del articulado del Código civil) la audiencia del hijo menor de edad “*si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años*” en el ejercicio de las relaciones paterno-filiales (desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad)⁶. Gracias a la sensibilización social y jurídica, de la que han sido partícipes una gran diversidad de textos internacionales⁷, el citado derecho ha sido objeto de un desarrollo gradual y perfeccionamiento, aunque no será hasta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸ (en adelante, LOPJM) que se incorpore en nuestro ordenamiento jurídico el espíritu y previsiones de la CDN⁹. Es la citada Ley la que configura por primera vez y con carácter general, en el ordenamiento jurídico interno, el derecho del menor a expresar su opinión libremente (a ser oído), en cualquier ámbito (familiar, administrativo o judicial), para todos los asuntos que le afecten (*vid.* art. 9 LOPJM). Sin embargo, esta configuración inicial del derecho se vió complementada y desarrollada tras la reforma de la LOPJM por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁰ (en adelante, LO 8/2015) a la luz de las directrices contenidas en la Observación general nº12 (2009):

⁵ BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

⁶ Véase la redacción del artículo 156 inciso segundo CC tras la reforma por la Ley 11/1981.

⁷ Véase, por ejemplo, arts. 3 y 6 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, art. 15 Carta Europea de los Derechos del niño o art. 24 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁸ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁹ Como ocurre con todo instrumento internacional ratificado por España, el contenido de la CDN fue objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, pues así lo impone el artículo 10.2 CE (1978) al señalar que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, toda vez que el art. 39.4 CE dispone que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

¹⁰ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

“*el derecho del niño a ser escuchado*” del Comité de los Derechos del Niño, que introdujo en la rúbrica del artículo el inciso “*y escuchado*”, para adaptar, en la medida de lo posible, nuestro Derecho a las previsiones de la CDN, como se explicará más adelante.

Con todo, puede afirmarse que la persona del menor ha sido, desde la adopción de la CDN y su posterior ratificación y consecuente transposición al derecho interno, objeto de una importante progresión jurídica en el reconocimiento de derechos tanto a nivel interno como internacional. El menor ha dejado de ser un objeto de protección para convertirse en un auténtico sujeto de derechos merecedor de una especial protección que garantice su bienestar y correcto desarrollo¹¹. En este sentido, advierte el Comité de los Derechos del Niño que el artículo 12 CDN “*apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos*”¹², predicándose respecto del menor una entidad social y protagonismo, incluso en el ámbito jurídico (derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta), que nunca antes le había sido atribuido.

III. El derecho del menor a ser oído (audiencia del menor)

1. Naturaleza jurídica del derecho a ser oído

Cuestión de suma importancia es, a nuestro parecer, el debate existente en torno a la naturaleza jurídica de la audiencia del menor en la medida en que no es una mera cuestión teórica, sino que tiene repercusión práctica, no siendo posible encontrar en nuestra doctrina una opinión unánime y consolidada.

¹¹ PILLADO GONZÁLEZ, E: “El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo, relevancia probatoria”, en AA.VV (MUINELO COBO, J.C.; CALAZA LÓPEZ, S.; PILLADO GONZÁLEZ, E., Dir): *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, S.A.U, Pamplona, 2022, pág. 627.

¹² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado I.1.



De una lectura detenida de los preceptos que nuestra legislación dedica al tratamiento de la audiencia del menor puede extraerse, en cuanto a su naturaleza, dos posibles vertientes: por un lado, la audiencia del menor como medio de prueba (que busca o pretende la convicción del juez sobre la verdad de una afirmación en vista a la futura sentencia) y por otro lado, la audiencia del menor como cauce (procesal) mediante el cual se manifiesta su derecho a ser oído en los asuntos que le afecten. Y, aunque respecto de ambas opciones es posible encontrar opiniones tanto a favor como en contra, como se explicará a lo largo del presente epígrafe es la segunda la que presenta “*un mayor encaje*” y a favor de la cual han venido decantándose nuestros tribunales¹³.

En línea de lo anterior, el hecho de que el artículo 299.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁴ (en adelante, LEC) no enuncie como medio de prueba la audiencia del menor, no constituye obstáculo o impedimento alguno para considerarla como tal en tanto no se trata de un listado *numerus clausus*. Y ello así porque junto a los tradicionales medios de prueba¹⁵, los apartados 2º y 3º del artículo 299 LEC dan cabida a la incorporación, en el proceso civil, de cuantos otros medios de prueba quieran las partes hacerse valer¹⁶. El problema, por tanto, no reside en que la audiencia del menor no se enumere como medio de prueba, sino en “*que no se prevé el procedimiento probatorio*” por carecer la LEC de un precepto específico que indique cómo “*se debe aportar al proceso, practicar y valorar por el órgano judicial*”, como señala PILLADO GONZÁLEZ. Tal silencio del legislador, según la autora, habrá de ser suplido mediante la asimilación de la audiencia del menor a otro medio de prueba, ya sea personal (el interrogatorio de testigos) o real (el reconocimiento judicial), mediante

¹³ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op cit.*, pág. 634.

¹⁴ BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000.

¹⁵ Interrogatorio de partes; documentos públicos; documentos privados; dictamen de peritos; reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos.

¹⁶ Siempre que sean posibles a través de las nuevas tecnologías (299.2) o se pueda obtener certeza sobre los hechos a través de los mismos (299.3).

la aplicación por analogía¹⁷ de las normas reguladoras de aquellos¹⁸. No obstante, como se expondrá a continuación, no es esta una solución fructuosa.

a. La audiencia del menor como prueba de testigos o declaración testifical

Son dos los principales motivos que impiden considerar la audiencia del menor como una prueba de testigos:

- (1) Tal y como se infiere del artículo 360 LEC, la función del testigo en el proceso no es otra distinta a la de aportar datos o conocimientos sobre los hechos controvertidos en aras a alcanzar la convicción del juez sobre los mismos, y para ello ha de atenderse a lo previsto en el art. 368.1 LEC sobre el contenido, formulación y sentido de las preguntas.
- (2) Los testigos, en virtud del artículo 292 LEC, tienen el deber de comparecer en juicio (siendo sancionados en caso contrario), prestar juramento de veracidad (artículo 365 LEC) y declarar todo aquello que supieran sobre lo que les fuese preguntado.

Resulta sencillo explicar por qué la audiencia del menor es incompatible con dicho medio de prueba. A diferencia de lo que ocurre con los testigos y como apunta la CDN, la audiencia del menor está pensada para que aquél exprese, de forma libre y en un entorno seguro¹⁹, su voluntad, deseos, preferencias, intereses y opiniones sobre la situación familiar que está viviendo y que le va a afectar en un futuro²⁰ para que la misma sea conocida por el juez y tenida en cuenta a la hora de dictar sentencia. Y, en

¹⁷ Artículo 4.1 CC: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

¹⁸ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op cit.*, pág. 635.

¹⁹ Según el Comité de Derechos del Niño: “El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar” (*op. cit.*, apartado III.A.42).

²⁰ Recordemos que hablamos del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales del art. 748.3º LEC, y en ellos se adoptan decisiones relativas a su guarda y custodia, régimen de visitas, manutención, etc.



este sentido, el procedimiento de escucha del menor difiere del interrogatorio de testigos propiamente dicho: el órgano judicial, en presencia del Ministerio Fiscal, mantendrá con el menor en cuestión una “conversación” o “entrevista” carente de formalidades y con todas las garantías legales, no pudiendo aquel ser obligado a comparecer y declarar. Se trata, en todo caso, de un derecho potestativo del menor (el de ser oído) que podrá ser ejercido o no por el mismo en atención a su voluntad y a los posibles efectos adversos (perjudiciales) que para su desarrollo psíquico y emocional pudiera acarrear el acudir al proceso²¹.

b. La audiencia del menor como reconocimiento judicial de personas

Lo mismo ocurre con la equiparación de la audiencia del menor con el reconocimiento judicial de personas, pues con la primera (como se ha señalado) el menor está haciendo uso de un derecho en el seno de un proceso que implica, inevitablemente, la exploración por el juez (no es el menor, por tanto, objeto de la percepción del mismo).

No obstante, es la finalidad perseguida por cualquier medio de prueba la que verdaderamente impide la asimilación de la audiencia del menor con aquel: la audiencia del menor no busca en ningún caso convencer al juez sobre los hechos alegados por las partes y que resultan controvertidos (artículo 281 LEC), sino que el menor exprese su opinión, en un ambiente neutral y “relajado”, sobre una situación familiar que afecta a su esfera personal de forma directa, por una acción entablada entre los litigantes (sus progenitores). Además, a la hora de que el menor ejercite su derecho a ser oído la autoridad judicial tendrá que considerar y valorar siempre tres aspectos fundamentales: la edad del menor, su capacidad de discernimiento y la conveniencia de su declaración dados los posibles perjuicios que pudiera generarle. Aspectos tales que distan de la pertinencia y utilidad que el juez debe valorar a la hora de admitir los medios de prueba

²¹ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op. cit.*, pág. 635-636.

propuestos por las partes (artículo 283 LEC *sensu contrario*)²². A lo anterior es importante añadir que la audiencia o exploración del menor se llevará a cabo sin contradicción de las partes, requisito indispensable para la práctica de cualquier medio de prueba (art. 289.1 LEC).

Lo expresado anteriormente, unido a la jurisprudencia del Alto Tribunal, por ejemplo, en la STS de 15 de enero de 2018²³, nos permite afirmar que la audiencia del menor “*no es un es propiamente una prueba*”, sino “*un derecho propio del menor, concebido para la salvaguarda de su propio interés*”²⁴ a través del cual el juez conocerá sus preferencias concretas e intereses y adoptará la decisión más beneficiosa en interés de aquel, pues como apunta PILLADO GONZÁLEZ “*no podemos olvidar que cuando están involucrados menores de edad, las decisiones que se adopten deben estar siempre orientadas a su interés superior y, para ello, es de especial importancia escucharlos*”²⁵.

Debemos concluir, por tanto, que la audiencia del menor es el cauce procesal a través del cual se materializa el derecho del menor a ser oído en los asuntos que le afectan. Ahora bien, el que la audiencia del menor no pueda catalogarse como medio de prueba no implica que el juez no pueda tener en cuenta las manifestaciones hechas por el mismo a la hora de dictar sentencia, sirviendo aquellas para aclarar alguno o algunos de los aspectos o puntos debatidos. Siendo así, es innegable que la audiencia del menor

²² PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op. cit.*, pág. 637.

²³ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 15 enero de 2018 (rec. núm. 1195/2017 [RJ\2018\28]), FJ 4º.

²⁴ STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal, Secc. 1ª) de 10 de diciembre de 2020 (rec. núm. 12/2020 [RJ\2020\5663]), que a más ahondamiento incide en que: “*su audiencia no constituye pues, en ningún procedimiento -administrativo o jurisdiccional-, un medio de prueba de hechos investigados o debatidos (STS 18/2018, de 15 enero), cuya práctica dependa de la voluntad e intereses de quienes son parte en ellos*” (FJ 7º).

En el mismo tenor se pronuncia la SAP Badajoz (Secc. 3ª) de 2 de octubre de 2014 (rec. núm. 288/2014 [JUR\2014\261050]) al poner de relieve que “*la audiencia del menor más que medio probatorio debe considerarse como un derecho que habrá de realizarse en la forma que le sea más beneficioso al mismo*” (FJ 1º).

²⁵ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 638. En este mismo sentido se pronuncian ABEL LLUCH, X.: *La prueba en los procesos de familia*, 1º ed., Ed. La Ley, Madrid, 2019, pág. 158-161. y DIEZ RAZA, S.: “Las declaraciones judiciales de los menores en los procesos de separación y divorcio en un entorno adecuado (las Casas de la Justicia para los niños)”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (Diario La Ley), núm. 33, enero 2022, pág 4.

tiene valor probatorio, y al esclarecimiento de esta cuestión dedicaremos el apartado siguiente.

2. Relevancia probatoria de la audiencia del menor

Sin perjuicio de que la audiencia del menor no es un medio de prueba, las manifestaciones vertidas por el niño en el curso del proceso sí tienen valor probatorio, y ello por el mero hecho de que han de ser tenidas en cuenta por el juez a la hora de dictar sentencia. En este sentido se pronuncia el artículo 9.3 *in fine* de la LOPJM, en la línea del artículo 12.1 CDN, que contiene un mandato directo dirigido a los órganos jurisdiccionales: “*en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración*”. El juez no sólo debe limitarse, por tanto, a oír al menor, sino que ha de tomar en consideración sus opiniones (escucharlo) a la hora de dictar sentencia -en aras a adoptar la decisión más adecuada en su interés superior- y hacer una valoración de aquellas conforme a las reglas de la sana crítica (libre valoración de la prueba²⁶), atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (contexto familiar y social del menor) y a su edad y madurez, como apunta el artículo 12.1 *in fine* CDN.

Sin embargo, lo señalado en el párrafo anterior no impide que el juez pueda, precisamente en beneficio del menor, apartarse de la opinión manifestada por aquel a la hora de decidir, pues éste no se encuentra, en ningún caso, vinculado por dichas manifestaciones. Para hacerlo deberá motivar su decisión, pues como señala la STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2017²⁷, la opinión del menor “*siendo cierto que no es el único criterio a tener presente, resulta especialmente relevante, de modo que para no atenderlo, debe justificarse que su deseo no se compadece con su interés*”. Ahora bien, en determinadas ocasiones, apartarse de la voluntad del menor también puede resultar

²⁶ Recordemos que, no obstante, la libre valoración no equivale a valoración discrecional, debiendo el juez en todo caso cumplir con lo previsto en el art. 218.2 LEC.

²⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y de lo Penal, Secc. 1ª) de 12 de enero de 2017 (rec. núm. 99/2016 [RJ\2017\2078]), FJ 3º.



un trabajo arduo para el juez²⁸, y en este contexto han elaborado nuestros tribunales una serie de parámetros para la valoración de la opinión vertida por el menor en el proceso, que analizaremos a la luz del trabajo realizado por ABEL LLUCH: “*no cabe desconocer los deseos de los menores, siempre que: a) su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y c) que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores*” (STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2017, FJ 3º).

De un análisis exhaustivo de estos tres criterios extraemos lo siguiente:

- a. La opinión ha sido libremente manifestada, sin haberse visto el menor influido por sus progenitores, familiares o terceros impidiendo que éste se forme su propio juicio. Existirán indicios de “voluntad mediatizada”, por ejemplo, cuando el menor exprese una opinión que no se corresponde con su grado de madurez o cuando acuda al juzgado manifestando, desde un primer momento, que la finalidad de su audiencia es “*expresar que quiere convivir con su padre o madre*”²⁹.
- b. Falta de comodidad o bienestar a corto plazo. Nos referimos en este punto a si la voluntad que subyace en la opinión manifiesta por el menor coincide con su interés superior, pues puede ocurrir que sus deseos o preferencias disten de lo

²⁸ Por ejemplo, cuando el menor está próximo a alcanzar la mayoría de edad (presumiéndose de este entonces un mayor grado de madurez) y pone de relieve su voluntad de no convivir con uno de sus progenitores de forma firme e insistente, pues como indica ABEL LLUCH “*acordar convivencias no deseadas o muy forzadas podría incluso ser contraproducente para el menor*”.

ABEL LLUCH, X.: *op. cit.*, pág. 185.

²⁹ ABEL LLUCH, X.: *op. cit.*, pág. 186.

Es importante tener presente que los deseos o preferencias de los hijos se configuran como circunstancias capaces de fundamentar cualquier decisión sobre su régimen de guarda y custodia siempre que respondan a una voluntad autónoma, firme y decidida, y así lo recoge la SAP Tarragona (Secc. 1ª) de 16 de febrero de 2016 (rec. núm. 230/2015 [JUR\2016\63559]).

que verdaderamente resulta beneficioso para su desarrollo físico, psíquico y emocional³⁰.

- c. Existencia de contradicciones entre lo manifestado por el menor y el resultado de cualesquiera otros medios de prueba que hayan podido practicarse a lo largo del proceso, particularmente, con el dictamen pericial emitido por especialistas. Imaginemos, en este sentido, que el dictamen realizado por especialistas pone de manifiesto la conveniencia de acordar, respecto del régimen de guarda y custodia, la custodia compartida de ambos progenitores, pero el menor expresa en la audiencia su deseo de que la guarda sea atribuída, en exclusiva, a uno de sus progenitores (custodia monoparental). En estos casos, en tanto hay una colisión entre un medio de prueba y un derecho -no prevaleciendo uno sobre el otro y siendo ambos objeto de libre valoración- el juez debe realizar, en la sentencia, un “*esfuerzo de motivación reforzada*”³¹.

Lo que es indiscutible es que, atienda el juez a la voluntad del menor o, por el contrario, decida desvincularse de la misma, en la sentencia recaída en el proceso deberá motivarse el iter que conduce de la manifestación del menor a la decisión finalmente adoptada, que deberá ser congruente con el interés superior del niño.

³⁰ Un ejemplo bastante ilustrativo sobre esta cuestión es el arrojado por ABEL LLUCH en los supuestos en los que el menor manifiesta su preferencia de convivir con aquel de los progenitores al que identifica con un rol lúdico (más permisivo) frente al progenitor que “asume”, a su juicio, un rol más normativo: supongamos, por ejemplo, una situación en la que la madre del menor le permite tener redes sociales y hacer un uso indiscriminado de ellas o disfrutar de un horario de ocio no supervisado o no controla el tiempo que el menor pasa jugando a videojuegos, frente a su padre, que bastante más “estricto”, fija unos horarios adecuados a la edad y características del menor y restringe el acceso o controla el uso de las redes sociales hecho por su hijo menor de edad. En estos casos, el menor manifiesta su desapego hacia uno de los progenitores por razones egoístas o motivos puntuales o circunstanciales. Por ello, el juez ha de valorar si efectivamente su deseo coincide con lo que más beneficioso resulta para su interés superior.

ABEL LLUCH, X.: *op. cit.*, pág. 187

³¹ ABEL LLUCH, X.: *op. cit.*, pág. 188.



3. La audiencia del menor como derecho y no como obligación

A efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de la audiencia del menor, es conveniente tener presente que el menor, en cuanto está ejerciendo un derecho potestativo (o renunciable), tiene derecho a no comparecer ante el juez para ser escuchado y, en este marco, el Comité de los Derechos del Niño es rotundo al estipular que “*para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación*”³², para continuar señalando que “*jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar su participación en cualquier momento*”³³. Es precisamente por esto que el menor ha de ser y estar perfectamente informado sobre el hecho de que sus manifestaciones, no obstante su importancia, no vinculan al juez en su decisión final, materializada en la sentencia. La razón de ser o fundamento de lo que se acaba de señalar es, evidentemente, evitar que el menor se sienta responsable de la resolución del conflicto³⁴.

IV. Regulación actual del derecho del menor a ser oído: plasmación en nuestro ordenamiento jurídico

Abundante es, a día de hoy, la regulación dedicada al tratamiento del derecho del menor a ser oído en nuestro ordenamiento jurídico. En este apartado haremos, precisamente, un breve recorrido y análisis de la legislación actual en la materia que nos atañe, haciendo especial hincapié en la normativa comunitaria, que se erige como “*una premisa indiscutible y obligatoria*”³⁵, y la estatal.

³² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op.cit.*, apartado III.A.16.

³³ *Idem*, apartado III.D.134.b).

³⁴ ABEL LLUCH, X: *op. cit.*, pág. 165 y PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op. cit.*, pág. 639.

³⁵ RODA Y RODA, D: *op. cit.*, pág. 210.



1. Legislación supraestatal y derecho comunitario³⁶

A nivel internacional, el derecho del menor a ser oído se consagra el artículo 12 de la CDN que, como mencionamos con anterioridad, no es la primera norma internacional en materia de reconocimiento de derechos del niño, pero sí *“la primera norma de acatamiento obligatorio para los Estados partes que la suscribieron que configura al menor no como un objeto de protección sino como sujeto de derecho”*³⁷, y por tanto, aquella de la cual partiremos. El citado precepto se dirige a los Estados parte, haciendo nacer sobre aquellos la obligación de garantizar *“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”* y señalando a tal fin que *“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”*.

Al poco tiempo de entrar en vigor la CDN³⁸, se recogió, en el apartado 15 de la Carta Europea de Derechos del Niño³⁹, el derecho del menor: *“15. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la*

³⁶ Se enumeran y condensan en este apartado, siguiendo su orden cronológico de entrada en vigor, las principales normas internacionales en materia del derecho del menor a ser oído.

³⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 652.

³⁸ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

³⁹ Aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992.



modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño". Se trata, como podemos observar, de una regulación más rigurosa y detallada, que introduce novedades y precisiones⁴⁰ respecto de la inicialmente contemplada en el art. 12 CDN⁴¹.

Finalmente, especial consideración merecen las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, y en particular las contenidas en la Letra D, Apartado III (bajo la rúbrica "*justicia adaptada para los niños durante los procedimientos, iv. el derecho a ser escuchado y a expresar sus puntos de vista*"), de las que consideramos oportuno destacar, en cuanto traen a colación y resumen a la perfección lo explicado sobre la naturaleza del derecho del menor a ser oído (derecho y no deber) y la necesidad de informar al mismo del alcance de sus manifestaciones, las siguientes:

"46. El derecho a ser escuchado es un derecho del niño, no un deber. 47. No se debe impedir que un niño sea escuchado exclusivamente por motivos de edad. En caso de que un niño asuma la iniciativa de ser escuchado en un caso que le afecta, el juez no debe, a menos que sea en el interés superior del niño, negarse a escuchar al niño y debe escuchar sus opiniones y juicios sobre los asuntos que le afectan en el caso. 48. Debe facilitarse a los niños toda la información necesaria sobre cómo utilizar de manera efectiva el derecho a ser escuchado. No obstante, se les debe explicar que su derecho a ser escuchados y a que se tengan en cuenta sus opiniones no determina necesariamente la decisión final".

⁴⁰ Por ejemplo, al enumerar los procesos en los que tal audiencia debe tener lugar.

⁴¹ En línea de lo expuesto, encontramos también el artículo 24.1 de la posterior Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los arts. 3 y 6 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los niños.

2. Legislación estatal

En nuestro derecho positivo podemos encontrar múltiples normas que abordan (con mayor o menor precisión) la audiencia del menor en el proceso. Dada la multiplicidad normativa, la recopilación de los preceptos se hará aludiendo en primer lugar a la previsión general, para después referirnos a los artículos concretos que regulan el derecho del menor a ser oído en supuestos determinados.

a. Consideraciones previas sobre el derecho a ser oído en la legislación estatal

Como se explicó al inicio de este trabajo, la LOPJM es la que contiene el marco jurídico genérico de protección del menor y la que configura en su artículo 9, con carácter general, el derecho del menor a ser oído. Antes de profundizar en su análisis, parece oportuno hacer dos consideraciones iniciales que nos ayudarán al esclarecimiento y estudio de su regulación actual:

En primer lugar, como puso de relieve el Informe del Defensor del Pueblo de 2014⁴² al amparo de la ya citada Observación General nº 12 del Comité de los Derechos del Niño: *“La fórmula legal española, «derecho a ser oído», difiere de la utilizada por la Convención, que pone el acento en la escucha, puesto que en la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño”*. En este contexto, nace la LO 8/2015, que modifica la LOPJM y añade en el artículo 9 el

⁴² DEFENSOR DEL PUEBLO sobre *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-de-l-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/> [Última fecha de consulta: 12 de julio de 2023].

inciso “y escuchado”⁴³. El estudio del derecho se hará, entonces, en la redacción dada por la LO 8/2015.

En segundo lugar, conviene tener presente el artículo 2 LOPJM -concretamente sus apartados 2.b)⁴⁴ y 5.a) y b)⁴⁵- en tanto el interés superior del menor se configura como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél (con el menor), teniendo el ejercicio del derecho a ser oído como finalidad última la salvaguarda y respeto de dicho interés⁴⁶.

b. Análisis detallado del artículo 9 LOPJM

El artículo 9 LOPJM regula, bajo la rúbrica “derecho a ser oído y escuchado”, la audiencia del menor de forma amplia y detallada:

El apartado primero del art. 9 LOPJM condensa en su redacción el reconocimiento del derecho (“*el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia*”), fijando su ámbito (“*tanto en ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación*”), las garantías procesales y pautas concretas para el ejercicio del mismo por el menor (“*el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y*

⁴³ BARBER CÁRCAMO, R: “El derecho del menor a ser oído y a que sea tenida en cuenta”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 17, 2019, pág. 9.

⁴⁴ Art. 2.2.b) LOPJM: “*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior*”.

⁴⁵ Señala el art. 2.5 LOPJM que “*toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente*”, imponiendo además en la letra b) la preceptiva “*intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos*”.

⁴⁶ En este sentido, DÍEZ RAZA, S.: *op. cit.*, pág. 4 y DÍAZ DOMÍNGUEZ, P.: “El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado”, *Diario La Ley*, núm. 9542, diciembre 2019, pág 2.



adaptados a sus circunstancias”). Además, indica que las opiniones vertidas por el menor serán tenidas en cuenta en función “*de su edad y madurez*”⁴⁷.

En su apartado segundo, el art. 9 LOPJM establece el carácter obligatorio de la audiencia a partir de los 12 años, menor al que la ley presume suficientemente maduro, quedando condicionada la audiencia del niño menor de 12 años a su “suficiente madurez”. Asimismo, contempla la posibilidad de que el derecho sea ejercitado por el menor personalmente o por medio de representante (“*se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente*”) y establece pautas para la valoración de su grado de madurez (“*por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso*”)⁴⁸.

⁴⁷ En su tenor literal: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento”.

⁴⁸ “2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente”.



Finalmente, en su tercer apartado, el art. 9 LOPJM establece la necesaria motivación de los supuestos de denegación de la audiencia del menor, así como la obligación de informar sobre esta decisión al Ministerio Fiscal y al menor o su representante con indicación de los recursos que procedan, a la par que contiene un mandato expreso dirigido a los órganos jurisdiccionales, que han de hacer constar en la sentencia (que resuelva sobre el fondo) el resultado y valoración de la audiencia del menor, cuando aquella haya tenido lugar⁴⁹.

Con la nueva redacción del artículo (tras la LO 8/2015), se supera la postura defendida por una parte de la doctrina, que entendía que esta previsión general se limitaba a reconocer al menor un “*derecho a exigir la audiencia*”, que podía ser denegada motivadamente por el juez en su interés superior⁵⁰. Este sector doctrinal oponía, frente a esa “*eficacia limitada*” de la regla general, la eficacia reforzada que comportan los preceptos legales que expresamente prevén la audiencia para supuestos concretos, donde resulta vinculante en la forma y términos que el propio precepto establezca. A día de hoy, esta interpretación no tiene cabida en nuestro derecho. En esta línea se pronuncia BARBER CÁRCAMO al apuntar que “*con independencia de que se halle o no recogido en textos expresos relativos a resoluciones que afecten al menor, los responsables de adoptarlas -las resoluciones- tienen el deber de respetar este derecho y, en caso contrario, la resolución será nula por vulnerar los derechos del menor*”, y ello así porque el derecho del menor a ser oído es una manifestación concreta, en el proceso, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵¹. Por ello, el derecho del menor ha

⁴⁹ “3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

⁵⁰ Pues antes la modificación, el apartado 3º del art. 9 establecía que: “cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”.

⁵¹ En este sentido, la STC de 18 de julio de 2019 (rec. núm. 1595/2016 [RTC\2019\99]) en su FJ 5º: “(...) procede afirmar que también los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Es abundante el acervo doctrinal (por todas, STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 5º) que afirma, como

de ser garantizado en los términos del art. 9 LOPJM, sin perjuicio de que sus lagunas puedan ser superadas con aplicación de otros preceptos más concretos⁵².

c. Disposiciones que regulan la audiencia del menor en el CC y en la LEC

Retomando la estructura del presente epígrafe, debemos tener en cuenta, además de la referida previsión general, las disposiciones que regulan la audiencia del menor contenidas tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre las que existe una gran disparidad normativa (diversidad de redacción⁵³).

De entre los preceptos de nuestra norma sustantiva (CC) debemos hacer mención, en el marco de los procesos de separación y divorcio, concretamente en sede del capítulo “*de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*”, al artículo 92 CC. Redactado en un primer momento por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁵⁴ y modificado posteriormente por la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia⁵⁵ (en adelante, LOPIVI), el artículo 92 contiene en sus apartados 2 y 6 dos previsiones especialmente relevantes para nuestro estudio. En este tenor, dispone el art. 92.2 CC que “*el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión*”, toda vez que el art. 92.6 añade que “*en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez*

“*parte del contenido esencial del art. 24.1 CE*”, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal”.

⁵² BARBER CÁRCAMO, R: *op. cit.*, pág 12.

⁵³ Que se explica, fundamentalmente, por la cronología de las normas. A este respecto, señala PILLADO GONZÁLEZ que “*resulta llamativo que se haya desaprovechado la oportunidad de unificar la regulación de la audiencia del menor a través de las distintas leyes que en los últimos años han introducido modificaciones en las disposiciones que la regulan*”, sobre todo por los problemas de interpretación que genera dicha disparidad en la regulación.

PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 631.

⁵⁴ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

⁵⁵ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.



deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (...)". En este caso, de la lectura del precepto se infiere o advierte que la comparecencia del menor no se vincula a que éste tenga una edad determinada, sino a la consideración de que ostente "suficiente juicio"⁵⁶.

Existen otras disposiciones, como los arts. 154 inciso IV⁵⁷, 156 inciso III, 158.6° *in fine*, 159 y 161 CC, en sede del capítulo relativo a las "*disposiciones generales de las relaciones paterno-filiales*", o el art. 177.3.3° CC, en sede de "*adopción*", que aunque no atañen a nuestro objeto de estudio (el derecho a ser oído en los procesos matrimoniales), no está de más tener presentes⁵⁸.

Dentro de la LEC, son también múltiples los preceptos que regulan la audiencia del menor. En sede de los procesos matrimoniales, concretamente de separación y divorcio, destacan los arts. 770.4 y 777.5 LEC⁵⁹, así como el art. 775.2 en relación con la modificación de medidas definitivas acordadas en ellos.

⁵⁶ Entiéndase juicio como sinónimo de madurez.

⁵⁷ Especial importancia adquiere este precepto frente a los demás, pues prevé el derecho del menor a ser oído en el marco del ejercicio de la patria potestad, debiendo quienes la ostentan (por lo general, ambos progenitores) escuchar al niño -y sus preferencias o deseos- en su ejercicio. En este contexto, conviene tener en cuenta la distinción hecha por MARÍN LÓPEZ entre la audiencia judicial y la extrajudicial.

Será judicial aquella que tenga lugar en el seno de un proceso judicial en efectiva presencia del juez (esta es, en lo que nos ocupa, la contemplada en los arts. 92 CC y 770.4 y 777.5 LEC). Por su parte, será extrajudicial aquella que se realiza ante los padres, tutores o guardadores, sin mediar proceso judicial (es la propia del art. 154 CC). Esta distinción adquiere real importancia en los supuestos de inobservancia de la audiencia: el hecho de que el juez no oiga al menor puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones procesales e incluso puede suponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En cambio, de la inobservancia de la audiencia cuando esta es extrajudicial no se derivan tales consecuencias -pues en realidad es una "consulta" que los padres hacen al menor en aras a cumplir con las obligaciones y funciones que la propia ley les atribuye-.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten", *Derecho privado y Constitución*, núm. 19, 2005, pág. 191. En el mismo sentido, RODA Y RODA, D: *op. cit.*, pág. 205.

⁵⁸ Para más ahondamiento sobre esta regulación, véase BARBER CÁRCAMO, R: *op. cit.*, pág. 11, MARÍN LÓPEZ, M.J.: *op. cit.*, pág. 174-176 y PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 631.

⁵⁹ Ambos modificados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021).



El art. 770.4⁶⁰ LEC, dedicado a la regulación del procedimiento contencioso de separación y divorcio, establece la audiencia del menor carácter preceptivo siempre que aquél hubiese alcanzado los 12 años de edad. De no alcanzar dicha edad, sólo serán oídos si “*se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos*”. Además, alude a la audiencia del hijo con discapacidad o necesitado de apoyo e incorpora una serie de garantías procesales para el ejercicio del derecho⁶¹. En cambio, en la separación y divorcio de mutuo acuerdo (procesos consensuados), el art. 777.5⁶² LEC contempla la audiencia del menor cuando “*se estime necesaria*” de oficio o a petición de las personas ya mencionadas. En este caso, el legislador no hace distinción alguna por razón de la edad del menor a la hora de fijar la comparecencia (como sí ocurre en los procesos contenciosos)⁶³.

En los procedimientos de modificación de medidas definitivas, el art. 775.2 LEC remite a los arts. 770 y 777 LEC, de manera que la audiencia del menor en estos procedimientos se prevé en los términos que acabamos de explicar⁶⁴.

En el articulado de la LEC encontramos, también, otros preceptos que regulan el derecho del menor a ser oído. En los procesos relativos a menores (regulados, al igual

⁶⁰ “(...) Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando”.

⁶¹ “En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

⁶² “Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”.

⁶³ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 632.

⁶⁴ No se prevé la audiencia del menor para la adopción de las medidas provisionalísimas (las solicitadas con anterioridad a la interposición de la demanda) a las que se refiere el art. 771 LEC, aunque puede hacerse extensiva a las mismas.



que los matrimoniales, el Capítulo IV del Libro IV de la LEC) el art. 778 bis 4 LEC. En sede del capítulo de las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, el art. 778 quinquies 8 LEC.

Finalmente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁶⁵ (en adelante, LJV) regula en su art. 18.2.4º la forma concreta en que deberá llevarse a cabo la audiencia del menor de edad o persona con discapacidad (cuando el expediente afecte a sus intereses): en presencia del MF, garantizándose que puedan ser oídos en condiciones idóneas y levantándose un acta del resultado de la exploración.

3. Legislación autonómica

Siendo cierto que no se busca o pretende en este apartado profundizar -en exceso- en la regulación del derecho del menor en cada una de las Comunidades Autónomas, la realidad es que prácticamente todas han elaborado sus propias leyes en materia protección del menor y no es poco habitual que en ellas se haga referencia al derecho del menor a ser oído⁶⁶, como señala MARÍN LÓPEZ⁶⁷.

Destacamos, principalmente, el artículo 211-6.2 del Código Civil de Cataluña⁶⁸, que bajo la rúbrica “*del interés superior del menor*”, dispone que “*el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial*”. En el mismo sentido, encontramos el art. 6 del Código del Derecho Foral de Aragón⁶⁹: “*antes de adoptar cualquier decisión,*

⁶⁵ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁶⁶ En lo que nos interesa, véase por ejemplo: arts. 3, 48.3, 59.1, 86 I letra g) o 90.1 letra a) de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (BOC núm. 23, de 17 de febrero de 1997) de la CA de Canarias.

⁶⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J.: *op. cit.*, pág. 172.

⁶⁸ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010).

⁶⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011).

resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años”. Ambas normas hacen extensiva la escucha del menor a los supuestos en los que la decisión a tomar pueda afectar a su patrimonio o bienes.

V. Análisis jurídico del derecho del art. 12 CDN

El artículo 12 CDN y la Observación General nº12 sobre el derecho del niño a ser escuchado vuelven a constituir el punto de partida para el desarrollo del presente epígrafe. La labor realizada por el Comité de Derechos del Niño a la hora de analizar el tenor literal del citado precepto permite a los Estados, y a nosotros en este estudio, conocer su auténtico sentido y alcance.

1. Artículo 12 CDN, párrafo primero⁷⁰

“*Los Estados Partes garantizarán*” el derecho de expresar su opinión libremente, comienza disponiendo el apartado 1º del art. 12 CDN. “Garantizarán”, según apunta el Comité, es un “*término jurídico de especial firmeza*” que no admite discrecionalidad de los Estados parte⁷¹ que, en consecuencia, tienen la preceptiva obligación o deber de hacer respetar -con carácter absoluto- este derecho para todos los niños, adoptando a tal fin las medidas que sean necesarias⁷².

La obligación de los Estados de garantizar el derecho se refiere a todo niño “*que esté en condiciones de formarse un juicio propio*”. No obstante, esta previsión no puede ser utilizada por los Estados para limitar o restringir el ejercicio del derecho a ser escuchado, debiendo entenderse como una obligación, de los propios Estados parte, de evaluar o valorar la capacidad del menor de, precisamente, formarse un juicio u opinión

⁷⁰ “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*”.

⁷¹ No pueden estos, en resumidas cuentas, actuar bajo su libre albedrío.

⁷² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado III.A.1.a.i.



libre e independiente, exenta de injerencias. Lo que viene a significar, básicamente, es que los Estados no pueden partir de la idea de que el menor carece de capacidad para expresar sus propias opiniones, sino todo lo contrario: deben presumir que tiene esa capacidad -formarse un juicio propio- y reconocerle la facultad de manifestarla. En ningún caso le corresponderá al menor probar que ostenta dicha capacidad.

En este punto conviene destacar el hecho de que, como resalta el Comité, el art. 12 CDN no contempla ni establece ningún límite o condicionante relativo a la edad del menor para el reconocimiento y ejercicio del derecho del niño a expresar su opinión. Y en relación con esta cuestión, el Comité es bastante tajante al desaconsejar a los Estados parte que introduzcan en sus legislaciones o permitan en la práctica jurídica “topes” de edad que restrinjan el derecho, sino que ha de atenderse a la madurez del menor en cada caso⁷³. A este respecto añade además el Comité que son diversos los estudios “*que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad*”, incluso cuando aún se muestra incapaz de expresarlas verbalmente⁷⁴. Es precisamente por esta razón que la estricta observancia (plena aplicación) del artículo 12 CDN hace necesario el “*reconocimiento y respeto*” de las formas de comunicación no verbal⁷⁵.

Además de lo que se acaba de señalar, el Comité hace otras apreciaciones que estimamos necesarias para un mejor entendimiento del sentido del precepto: en primer lugar, señala que lo que se exige es que el menor tenga un nivel de comprensión suficiente sobre el asunto que le afecta para formarse una opinión propia, no siendo necesario para ello que conozca exhaustivamente cada uno de los aspectos del mismo; en segundo lugar, que la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio del derecho

⁷³ En relación con esta cuestión, algunos autores entienden que, aunque nuestro Derecho -art. 9.2 LOPJM- introduce un criterio objetivo (la edad) para el reconocimiento del derecho a ser oído y escuchado estableciendo una presunción de madurez respecto de los menores mayores de 12 años, se muestra respetuoso con la Observación del Comité, pues posibilita que por debajo de los 12 años se atienda a la madurez del menor en el caso concreto (BARBER CÁRCAMO, R: *op. cit.*, pág 13).

⁷⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado III.A.1.a.ii.

⁷⁵ Como, por ejemplo, el juego, los gestos o la expresión corporal o facial, pues a través de estos medios “*los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias*”, según el Comité (*Ibidem*, apartado III.A1.a.ii).



también ha de extenderse a los menores afectados por algún tipo de dificultad que obstaculice o impida que se hagan oír⁷⁶; finalmente, que los Estados parte han de ser conscientes en todo momento de los posibles efectos adversos que puede suponer para el menor el acudir al proceso para hacerse oír cuando se hace una práctica desconsiderada de este derecho⁷⁷.

La redacción del art. 12 CDN continúa señalando que el menor tiene “*derecho a expresar su opinión libremente*”. El término “libremente” debe ser entendido, en palabras del Comité, en el sentido de que el menor exprese sus opiniones “*sin presión*” -sin estar sujeto a influencias o manipulado para manifestar su opinión en un sentido determinado-, pudiendo éste decidir si desea o no ejercer su derecho. El menor manifestará su opinión, y no la de los demás, sobre el asunto que le afecta, debiendo para ello estar debidamente informado, tanto sobre el asunto que le afecta como de las opciones que tiene (ejercitar o no el derecho) y de las consecuencias que pueden derivarse (no vinculación del juez)⁷⁸.

La obligación de los Estados de garantizar el derecho del menor a expresar su opinión se articula en el marco de “*todos los asuntos que afectan al niño*”, que constituye una condición básica para el ejercicio del derecho: sólo deberá escucharse al niño si el asunto le perjudica.

Finalmente, este apartado 1º del artículo 12 CDN concluye disponiendo que las opiniones vertidas por el menor deberán tenerse en cuenta en “*función de la edad y madurez del niño*”. No es suficiente con escucharlo, su opinión ha de ser tomada en

⁷⁶ Supongamos, por ejemplo, que el menor que va a intervenir en el proceso para expresar su opinión padece una discapacidad, del tipo que sea, que impide que este pueda comunicarse con claridad a efectos de ser escuchado. En estos casos, la obligación del Estado de garantizar su derecho se traduce en la adopción y puesta a disposición del menor de los medios de comunicación necesarios que faciliten la expresión de sus opiniones.

⁷⁷ En particular, cuando el menor es muy pequeño o ha sido víctima de algún delito -abusos sexuales, violencia, etc-.

⁷⁸ El derecho a la información es, cuanto menos, fundamental en tanto en esa información residirá la posibilidad de que el menor pueda manifestar una opinión clara y coherente en relación con el asunto que le afecta.



consideración por el juzgador. En cuanto a la “edad”, lo que hay que tener claro es que no puede determinar, la edad del menor, la trascendencia o importancia de sus opiniones⁷⁹. Entre otros factores, la información, experiencia y entorno del propio menor favorecen que sea capaz de formarse una opinión propia, y así lo demuestran numerosos estudios. Por este motivo, sus opiniones habrán de ser evaluadas casuísticamente. Por otro lado, dada la ambigüedad del término “madurez”, para definirlo habrá que entenderlo en el contexto en que se utiliza en la Convención. Hablamos, entonces, de la madurez como capacidad del menor de exteriorizar -expresar- sus opiniones, de forma razonada e independiente, sobre los asuntos que le afectan, formándose respecto de ellos su propio juicio. Según el comité, “*cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño*”⁸⁰.

2. Artículo 12 CDN, párrafo segundo⁸¹

Concreta el párrafo 2º que al niño se le “*dará en particular oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo*”. Por tanto, el art. 12 CDN es aplicable no sólo a cualquier tipo de procedimiento judicial (p.ej, separación y divorcio, custodia, adopción, abusos sexuales u otros delitos, etc.) sino también a los procedimientos administrativos (entre los más comunes, p.ej, los relativos a decisiones sobre la educación, salud, protección del menor, etc.). Y, en ambos procedimientos, se permite acudir a otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos (arbitraje y mediación) donde también podrá hacerse valer este derecho. Además, el derecho a ser escuchado se aplica tanto en los procedimientos iniciados a instancia del propio menor

⁷⁹ Como ya se explicó más arriba, el que el menor tenga un mayor o menor grado de comprensión no está intrínsecamente unido o vinculado de forma uniforme a su edad.

⁸⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado III.A.1.a.v.

⁸¹ “*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”.



(p.ej, denuncias por malos tratos) como en los iniciados por terceros en los que el mismo se pueda ver afectado (p.ej, separación y divorcio).

En caso de que el niño haya optado por no renunciar a su derecho a ser escuchado (recordemos que es potestativo y que no está aquel obligado en ningún caso a hacer uso de él), podrá ejercitarlo *“directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”*. Reconoce así la Convención la posibilidad de que el menor intervenga en el proceso por sí mismo o por representante, que podrá ser: ambos progenitores, uno solo de ellos, un abogado u otra persona designada por el menor. En muchas ocasiones, hay peligro de conflicto de intereses entre los del propio menor y los de quienes pueden ser sus representantes más evidentes: sus padres. Por eso, en los casos en los que el derecho se ejerza por medio de representante, es necesario y de suma importancia que aquél actúe siempre en beneficio o interés del niño, transmitiendo sus opiniones al juzgador de manera adecuada⁸². La forma en que el menor intervendrá en el proceso será determinada por el mismo -salvo que haya de decidirlo la autoridad competente-, debiendo tener en cuenta que el Comité aconseja que *“siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento”*⁸³. En todo caso, esa representación se hará *“en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”*. Esto no debe interpretarse, no obstante, en el sentido de que pueden los Estados, a través de sus respectivas legislaciones nacionales, introducir restricciones o limitar el disfrute de este derecho fundamental⁸⁴.

VI. Procedimiento de escucha del menor: el modo de realizar la exploración judicial

En nuestra legislación no encontramos un precepto que regule expresamente la forma en que ha de escucharse al menor, no estando la audiencia del menor o, si se

⁸² Los representantes han de tener claro que los intereses representados son los del menor, que se ve afectado por el asunto discutido en el proceso, y no los de otras personas.

⁸³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado III.A.1.b.ii.

⁸⁴ *Idem*, apartado III.A.1.b.iii.



prefiere, la exploración judicial⁸⁵ “*sujeta a requisitos de forma legales*”, como apunta la SAP Barcelona de 26 de junio de 2016⁸⁶. En esta línea, como ya recogía el Informe del Defensor del Pueblo antes de la reforma legislativa operada por la LO 8/2015, debe destacarse que sólo encontramos en las leyes procesales españolas preceptos que hacen menciones genéricas a cómo ha de realizarse la comparecencia: “*en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario*” (art. 770.4º LEC), estableciéndose una serie de garantías procesales cuya observancia deberá ser respetada a lo largo de su práctica y que pueden inferirse de los arts. 9.1 LOPJM y 770.4º LEC⁸⁷.

Lo que resulta indudable es que esta situación, como apuntaba el Defensor del Pueblo en el año 2014, ocasiona notables diferencias en la práctica judicial⁸⁸. En este contexto debe ponerse de relieve, de nuevo, la importante labor realizada por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 12, que bajo la rúbrica “*medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado*” agrupa una serie

⁸⁵ Terminología con la que suele proponerse y acordarse en el proceso la práctica de la audiencia.

⁸⁶ SAP Barcelona (Secc. 12ª) de 26 de junio de 2016 (rec. núm. 1148/2013 [JUR\2015\187169]): “*En el modus operandi de la práctica de esta audiencia, que no está sujeta a requisitos de forma legales, lo esencial es la percepción directa por quien ha de enjuiciar del estado del menor, pero no es un elemento en el que pueda ser fundado un recurso por error en la apreciación de la prueba*” (FJ 2º).

ABEL LLUCH, X.: *op.cit.*, pág. 179.

⁸⁷ Aunque no se pretende ahondar en esta cuestión, no está demás tener presente las garantías enumeradas por ABEL LLUCH: garantía estructural (la audiencia se realizará de “*forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo*”), garantía de la previa y suficiente información (“*informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión*”), garantía de la privacidad e intimidad (“*sin interferencias de otras personas*” y “*cuidando preservar su intimidad*”) y la garantía de la intervención de profesionales que velan por los derechos del menor (“*con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos*”).

ABEL LLUCH, X.: *op.cit.*, pág. 165-172.

⁸⁸ Y en el mismo sentido, RODA Y RODA señala que “*la audiencia se realiza ante la ausencia legal de forma, de forma discrecional*”. Así, por ejemplo, algunos órganos judiciales la practican en el despacho del Juez y otros en la Sala de Vistas, unos la realizan a puerta cerrada y en exclusiva presencia del menor y otros lo hacen con la presencia de las partes y en especial del Fiscal o solicitan la presencia de los miembros del Equipo Técnico, etc. No obstante, concluye que cada vez es más habitual que su práctica “*se acomode a unos parámetros que suelen ser comunes para prácticamente todos los órganos judiciales*”.

RODA Y RODA, D: *op.cit.*, pág. 224-225.



de fases sucesivas y necesarias⁸⁹ para el correcto atendimiento y aplicación del derecho. Respecto a lo que nos interesa, haremos referencia brevemente a la fase de Audiencia respecto de la que el Comité señala una serie de directrices sobre las condiciones y modo de realización: el ambiente en que el derecho sea ejercido por el menor ha de ser “*propicio e inspirar confianza*”⁹⁰, adoptando más bien la audiencia la forma de una entrevista o “*conversación*” (no de interrogatorio) y preferiblemente siendo escuchado el menor en “*condiciones de confidencialidad*” y no en pública audiencia.

Con todo, ha de concluirse que el hecho de que no dispongamos de una norma específica que contemple el trámite de audiencia del menor *strictu sensu* produce “*inseguridad procesal*” y no garantiza realmente la efectiva aplicación del derecho del menor ha ser oído, pues cada Juzgado confecciona su propio método de realizarlas, como refleja RODA y RODA⁹¹.

VII. **Carácter preceptivo de la audiencia del menor. Posibles excepciones a la preceptividad como regla general**

El abundante marco normativo y el diferente tratamiento que en él se hace de la audiencia del menor acrecienta la incertidumbre sobre la cuestión que ahora se dilucida, esto es, ¿tiene carácter preceptivo la audiencia del menor? Siendo así, ¿debe practicarse siempre y en todo caso?⁹². Son las previsiones contenidas en la CDN y LOPJM las que nos permitirán disipar todo ápice de duda existente en torno a la exigibilidad o no de la audiencia del menor en la medida en que “*conforman el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad en el territorio nacional*”, según señala el TC, configurándose el estatuto del menor como una norma de orden público, de acatamiento obligatorio para

⁸⁹ Preparación, audiencia, evaluación de la capacidad del niño, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño y vía de recurso. Para más ahondamiento véase COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado III.A.2.

⁹⁰ Pues “*no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad*” (COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *op. cit.*, apartado III.A.1.b.i).

⁹¹ RODA Y RODA, D: *op.cit.*, pág. 225

⁹² En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M.J.: *op. cit.*, págs. 194-198.



todos los poderes públicos⁹³. Nosotros tomaremos, como punto de partida, el artículo 9 LOPJM, que en su apartado 1º contiene una limitación objetiva al ejercicio del derecho: la audiencia del menor tendrá lugar en “*cualquier procedimiento*” en el que pueda verse afectado y “*que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social*”. En este sentido, el Comité de los Derechos del niño recoge expresamente que “*en los casos de separación y divorcio los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales*”, por lo que siempre deberán ser escuchados⁹⁴. Ahora bien, la audiencia también está condicionada por el hecho de que la decisión que haya de adoptarse “*incida en su esfera personal, familiar o social*” con exclusión de la patrimonial⁹⁵. No obstante, “*pese a esa omisión, el precepto debe interpretarse en sentido amplio*”, según PILLADO GONZÁLEZ⁹⁶. Las limitaciones subjetivas las contempla el art. 9.2 LOPJM, que dispone que el juzgador deberá escuchar a los menores que tengan “suficiente madurez” y, en todo caso, a los mayores de 12 años respecto de los que se presume dicha madurez (se trata de una presunción *iure et de iure*, que no admite prueba en contrario).

La audiencia del menor tendrá entonces carácter preceptivo siempre que concurra alguno de los presupuestos previstos por el legislador: el menor debe ser escuchado, en línea del art. 9.2, cuando su edad sea igual o superior a 12 años o, cuando siendo inferior, tenga suficiente madurez⁹⁷.

⁹³ STC de 29 de mayo del 2000 (rec. núm. 4233/1996 [RTC\2000\141]), FJ 5º.

⁹⁴ A tener en cuenta que el propio Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general nº12 (2009) apartado III.A.23.b.i, establece una serie de procesos civiles en los que ha de ser escuchado el menor.

⁹⁵ Recordemos que las legislaciones forales catalana y navarra contemplan expresamente la audiencia del menor para los casos en los que la decisión incide en la esfera patrimonial del niño.

⁹⁶ PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 640-641.

⁹⁷ La preceptividad de la audiencia en el caso de los menores mayores de 12 años queda clara al introducir el art. 9.2 un criterio objetivo (la edad) que determina una presunción general de madurez. Sin embargo, la determinación de los supuestos en que deben ser oídos los menores que no han alcanzado dicha edad es más compleja, debiendo ser evaluada su “suficiente madurez” por personal especializado (art. 9.2 LOPJM). Al juez le corresponde la decisión sobre la madurez del menor, pudiendo a tal fin recabar el auxilio del equipo psicosocial -que se reunirá previamente con el menor y emitirá un informe- o valerse de los datos sobre la madurez del menor facilitados por los progenitores, lo que puede generar problemas si no estuvieran de acuerdo en cuanto al grado de madurez de su hijo. A este respecto debemos tener en



La interpretación de las disposiciones referidas al derecho a ser oído en los procesos matrimoniales contenidas en el CC y la LEC deberá hacerse en el sentido que se acaba de exponer dado que las contradicciones latentes entre ambas normas vienen a ser aclaradas por la LOPJM y la CDN, como señalan -entre otras- las SSTS de 20 de octubre de 2014⁹⁸ y de 7 de marzo de 2017⁹⁹, que concluyen que, dándose los supuestos legales, los niños *“habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio”*. En consecuencia, el derecho a ser oído y escuchado debe ser garantizado por el juez de oficio, sin necesidad de que el propio menor o las partes en el proceso soliciten la práctica de la audiencia, e incluso, cuando no lo hagan.

Se trata de un derecho que, configurado tanto a nivel nacional como internacional, debe ejercitarse en toda clase de procesos *so pena de nulidad*, pues *“el derecho de audiencia al menor es una norma imperativa que afecta a la tutela judicial efectiva”* de un sujeto, el menor, que se ve implicado en un proceso judicial -y posiblemente afectado- sin ser parte procesal en el mismo¹⁰⁰. Ahora bien, el derecho del menor a ser escuchado no es un *“derecho absoluto e incondicionado”*¹⁰¹, y en esto

cuenta que *“la audiencia a los menores de doce años no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación”* (STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 4 de noviembre de 2013 (rec. núm. 2646/2012 [RJ\2013\7074]), FJ 3º). Esto es lo que BARBER CÁRCAMO denomina *“test de madurez”*, en virtud del cual puede el juez excluir la audiencia del menor si entiende que carece de madurez suficiente. No obstante, según la autora, esto solo tendrá sentido cuando el menor tenga una edad muy temprana.

PILLADO GONZÁLEZ, E.: *op.cit.* pág. 643-644 y BARBER CÁRCAMO, R.: *op. cit.*, pág 13-14.

⁹⁸ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1229/2013 [RJ\2014\5613]), FJ 5º.

⁹⁹ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 7 de marzo de 2017 (rec. núm. 1874/2016 [RJ\2017\703]), FJ 2º.

¹⁰⁰ ABEL LLUCH, X.: *op.cit.*, pág. 161.

¹⁰¹ Concretamente, STC de 31 de enero de 2008 (rec. núm. 10216/2006 [RTC\2008\22]), en su FJ 7º.



coinciden tanto nuestros tribunales¹⁰² como los autores que hemos venido siguiendo¹⁰³. Y, precisamente por ello, no en todos los supuestos en los que la audiencia tiene carácter preceptivo -12 años o suficiente juicio- debe el juez escuchar al menor, quien podrá eludir la audiencia mediante resolución motivada en beneficio o interés del aquel. Aunque hay autores que no comparten esta opinión. VALLESPÍN PÉREZ, tomando como referencia la STEDH de 11 de octubre de 2016 (caso Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias contra España), entiende que, por regla general, la audiencia en los procedimientos de divorcio contencioso en los que se ven afectados los derechos e intereses de menores con suficiente juicio o 12 años no puede ser denegada, y más aún cuando en el procedimiento de divorcio o de modificación de medidas se diriman cuestiones directamente relacionadas con su vida diaria (p.ej. la atribución de la guarda y custodia) donde la obligación de oír a los menores no debe -lo que no significa que no pueda- admitir excepción alguna. No ocurre así para este autor, en cambio, cuando lo que se discute son cuestiones de relevancia material o económica, donde la obligación de oír a los menores no “*debiera entenderse como una obligación de cumplimiento automático por los órganos jurisdiccionales*”¹⁰⁴.

En cualquier caso, la posibilidad de que el juez eluda la audiencia del menor debe entenderse como excepción -a la vista de las circunstancias del caso- y no como

¹⁰² A más ahondamiento, la STS de 27 de julio de 2021 (rec. núm. 4160/2020 [RJ2021\4023]), en su FJ 2º: “no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor; pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada”. Del mismo modo, la STEDH (Secc. 3º) de 11 de octubre de 2016 (caso Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias contra España [TEDH\2016\72]): “sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño”.

¹⁰³ En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R: *op. cit.*, pág. 13 y PILLADO GONZÁLEZ, E: *op. cit.*, pág. 643.

¹⁰⁴ VALLESPÍN PÉREZ, D.: “El Derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil (Diario La Ley)*, núm. 131, marzo 2018, pág. 6.



regla general o facultad del juez de no escuchar, y así lo señala BARBER CÁRCAMO¹⁰⁵. Ocurrirá así en los casos en los que la audiencia, a juicio de la autoridad judicial, suponga para el menor un grave perjuicio -repercuta en él negativamente¹⁰⁶- o sea innecesaria por constar ya en el proceso su opinión, bien porque la ha manifestado con anterioridad y no ha habido un cambio sustancial en las circunstancias bien porque existe un acuerdo entre las partes (típico en los procesos matrimoniales consensuados)¹⁰⁷.

Con todo, resulta imprescindible que el juez realice una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso para decidir sobre la conveniencia o no de escuchar al menor. Decisión que habrá de sustentarse en lo que más favorezca al bienestar del niño¹⁰⁸.

Se ha planteado también, como posibilidad y excepción a la regla general -carácter preceptivo de la audiencia-, sustituir la comparecencia del menor por el informe elaborado por el equipo psicosocial (posibilidad que se infiere del art. 9.2 *in fine* LOPJM¹⁰⁹), aunque no existe una posición unánime al respecto. Si bien es cierto que en ocasiones nuestros tribunales han considerado que no hay lesión de la tutela

¹⁰⁵ BARBER CÁRCAMO, R: *op. cit.*, pág. 13.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, ocurre en la separación y divorcio contenciosos en los que el acudir al proceso agrava el conflicto, implicando el deterioro e incluso la ruptura de las relaciones paterno filiales, como apunta PILLADO GONZÁLEZ. En este contexto, los daños psicológicos y emocionales que puede causarle al menor la “declaración” pueden ser difíciles de sobrellevar y superar a lo largo plazo. Ello sin tener en cuenta los supuestos -que no son pocos- en los que el menor se convierte en una especie de “títere” manejado por sus padres a su conveniencia, que se empeñan en darle instrucciones, sugerencias o indicaciones (a veces hasta órdenes) sobre lo que debe declarar.

PILLADO GONZÁLEZ, E: *op. cit.*, pág. 645-646.

¹⁰⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E: *op. cit.*, pág. 643.

¹⁰⁸ Lo que nuestros tribunales tienen en cuenta a la hora de decidir sobre la conveniencia de la audiencia es: la victimización secundaria que le puede ocasionar la declaración, la necesidad de proteger al menor de las controversias, incluyéndose la “*tarea de preservar a los hijos de la litigiosidad de los progenitores*” (SAP Barcelona (Secc. 18^a) de 21 de marzo de 2018 (rec. núm. 1104/2016 [JUR\2018\167475], FJ 2^o) o de sortear experiencias gravosas.

PILLADO GONZÁLEZ, E: *op. cit.*, pág. 647.

¹⁰⁹ Así, cuando no pueda ejercitar este derecho por sí mismo o no convenga a su interés superior se podrá conocer su opinión “*a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente*”.



judicial efectiva del menor cuando no se le ha dado audiencia pero ha sido explorado previamente por el equipo psicosocial¹¹⁰, no debe la audiencia del menor ser sustituida automáticamente y de forma indiscriminada por el informe de los especialistas¹¹¹. En especial, porque existen diferencias sustanciales entre ambos en cuanto a su naturaleza: uno es un derecho y el otro una prueba pericial. No obstante, según ABEL LLUCH, en ocasiones puntuales y excepcionalmente -porque la sustitución de la audiencia por el informe supone una restricción al derecho del menor a ser oído por la autoridad judicial-, cuando deba evitarse “*la duplicidad de audiencias por los miembros del equipo psicosocial y por el juez*”, podrá acordarse en resolución motivada que, explorado el menor por los especialistas, no se le de audiencia ante el juez¹¹².

Sea como fuere, cuando el juez decida prescindir de la audiencia del menor por entenderla perjudicial, innecesaria o improcedente, deberá hacer constar motivadamente en la resolución las razones de su decisión (y así lo impone el art. 9.3 LOPJM). Ahora bien, esa motivación ha de ser una “*motivación suficiente*”, debiendo hacerse constar las razones concretas¹¹³ y no una mera referencia genérica a la falta de conveniencia de la audiencia fundada en el interés superior del menor. En caso contrario, la denegación -sin motivación suficiente- de la audiencia del menor cuando ésta sea preceptiva, dará lugar a la nulidad de las actuaciones por “*vulneración de las normas esenciales del procedimiento que han causado indefensión*” (art. 238.3 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹¹⁴)¹¹⁵.

¹¹⁰ Por ejemplo, STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 4 de noviembre de 2013 (rec. núm. 2646/2012 [RJ2013\7074]), FJ 3º: “*la considera innecesaria, máxime cuando había sido explorada en el curso de las pruebas periciales por parte del Gabinete Psicosocial*”.

¹¹¹ A juicio de VALLESPÍN PÉREZ (op. cit., pág. 7) no puede el juez “*entender haber cumplido con el derecho de audiencia con motivo de la existencia de un examen realizado por el equipo psicosocial del Juzgado*”.

¹¹² ABEL LLUCH, X.: *op.cit.*, pág. 163-164.

¹¹³ Por ejemplo, si no se ha dado audiencia al menor por entenderse que no tiene “suficiente madurez”, deberá el juez hacer constar en sentencia las razones que le han llevado a concluir en el menor la ausencia de capacidad para emitir su opinión respecto del asunto que le afecta.

¹¹⁴ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. En adelante, LOPJ.

¹¹⁵ PILLADO GONZÁLEZ, E: *op. cit.*, pág. 650-651.

A pesar de que la audiencia del menor no constituye un medio de prueba (cuestión que se abordó en el epígrafe III), tanto la admisión como la denegación de la misma por el juzgador podrá ser recurrida en reposición, debiendo atender a las normas generales de impugnación previstas en los arts. 285.2 y 446 LEC para los medios de prueba¹¹⁶.

VIII. Especial atención al ejercicio de este derecho en los procesos matrimoniales: problemas prácticos

Este apartado lo dedicaremos al análisis de las distintas posturas mantenidas por nuestros tribunales frente a la inobservancia del derecho del menor a ser oído.

1. Sentencias que declaran la nulidad de las actuaciones porque el órgano competente no ha escuchado al menor, incluso siendo la audiencia preceptiva

Como se explicó en el apartado anterior, se establece en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, la preceptividad de la audiencia para el menor con suficiente juicio y, en todo caso, para el mayor de 12 años. En este sentido, son muchas las sentencias que nuestros tribunales han emitido en las que se concluye que hay vulneración del derecho del menor a ser oído cuando el órgano competente no escucha al menor en el caso concreto -incluso pese a su carácter preceptivo- y que acuerdan -y ordenan- la retroacción de las actuaciones para que se dicte nueva sentencia respetando el trámite de audiencia del menor, otorgándole así a la audiencia en esta clase de procedimientos -los del art. 748.3º LEC- el valor o condición de trámite esencial¹¹⁷, lo que nos permite inferir la importancia del derecho.

¹¹⁶ ABEL LLUCH, X: *op. cit.*, pág. 177-178 y PILLADO GONZÁLEZ, E: *op. cit.*, pág 650.

¹¹⁷ Palabras utilizadas por DÍAZ DOMINGUEZ, P: *op. cit.*, pág 4, para referirse a la importancia del derecho emanada de las sentencias del TC, que nosotros hacemos extensiva a los demás pronunciamientos.



En la línea de lo anterior, el propio Tribunal Constitucional declara, en numerosas sentencias, que la falta de audiencia del menor capaz de formarse su propio juicio y la consecuente adopción de medidas que afectan a la esfera personal del niño sin que aquella tenga lugar, constituye una vulneración a su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De entre todas ellas, destacamos la STC de 6 de junio de 2005¹¹⁸ en el marco de un caso de separación legal¹¹⁹. Los hechos de los que trae causa esta sentencia, de una forma bastante concisa, son los siguientes: habidos en el matrimonio dos hijos menores -de 1 y 7 años-, se oyó en el trámite de medidas provisionales al mayor de ellos, al que no se daría posteriormente audiencia para la fijación de las medidas definitivas en sentencia (que se limitó a elevar a definitivas las acordadas con anterioridad) ni tampoco en fase de apelación antes de dictarse sentencia, que modificaba sustancialmente el régimen de guarda y custodia atribuido inicialmente al padre y, en apelación, a la madre. Los FFJJ 3º y 4º de la STC vienen a resolver esta cuestión aclarando que, habiendo sido el menor oído en instancia (no lo fue en el pleito principal pero sí fue explorado en el procedimiento de medidas provisionales elevadas definitivas), nos encontramos ante “*un caso que afecta a la esfera personal y familiar*” de un menor que en el momento de resolverse el recurso de apelación tenía 9 años de edad y gozaba del juicio suficiente para ser explorado “*con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído*” del art. 9 LOPJM, por lo que debió la Audiencia Provincial otorgar al menor un “*trámite específico de audiencia antes de resolver el recurso de apelación*”. Además, señaló el Tribunal que en caso de que la hija menor del matrimonio hubiera alcanzado una edad que permitiese entender que su opinión ha de ser tenida en cuenta, el derecho a ser oído debería extenderse a la misma. El Tribunal, en el fallo, acordó “*retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las Sentencias*”

¹¹⁸ STC de 6 junio de 2005 (rec. núm. 1966/2004 [RTC\2005\152]).

En ella se resuelve un recurso de amparo, en el que el recurrente aduce que “*al no practicar la oportuna audiencia se lesiona el derecho fundamental del menor a la tutela judicial efectiva*” (art. 24 CE), pues no se ha tenido en cuenta la voluntad del menor de más edad cuando este posee juicio suficiente.

¹¹⁹ En la que se adujo causa por exigencia de la normativa vigente en el momento.



recurridas para que, previa resolución sobre la guarda y custodia de los menores, se diera audiencia a los mismos. De ello se concluye la importancia que otorga el Constitucional a que el menor sea oído tanto en primera instancia como en fase de recurso, dándole audiencia cuantas veces vaya a adoptarse una resolución que le afecte.

Entrando en la jurisprudencia del Supremo, tomaremos como muestra una serie de sentencias que, resolviendo distintos casos de vulneración del derecho del menor a ser oído, llegan a una conclusión si no idéntica, muy similar, compartiendo la gran mayoría de fundamentos jurídicos. En esta línea, y por orden cronológico, encontramos la SSTS de 27 de julio de 2021¹²⁰ y de 19 de julio de 2021¹²¹:

En la primera, el TS resuelve favorablemente el recurso de casación interpuesto por la madre de dos menores de edad frente a una sentencia dictada por la AP, que resuelve estimando el recurso de apelación presentado por el padre de los menores frente a la sentencia de instancia que denegó su petición inicial: la modificación de las medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio, que atribuyó la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, acordándose en su lugar la guarda y custodia compartida de los hijos (la AP revocó la sentencia de instancia y concedió la petición al padre). La madre de los menores aduce, como fundamento casacional, la infracción del art. 92.2 y 6 CC y 9 LOPJM, así como de la reiterada jurisprudencia del Tribunal. El TS señala que este motivo debe analizarse partiendo de la base de que, en el momento en que se presentó la demanda que inicia el proceso, los menores tenían 4 y 9 años de edad¹²², no habiendo sido oídos ni en primera ni en segunda instancia sin que conste explicación ni justificación de la falta de esa audiencia. En este caso concreto, el Supremo sienta su resolución sobre dos principales ideas que se han manifestado ya en este trabajo: la primera, que *“el derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma*

¹²⁰ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 27 de julio de 2021 (rec. núm. 4160/2020 [RJ\2021\4023]).

¹²¹ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 19 de julio de 2021 (rec. núm. 5532/2020 [RJ\2021\3411]).

¹²² Recordemos que la edad no es argumento suficiente para denegar la audiencia, pues los menores habrán de ser escuchados cuando tengan “suficiente madurez” (art. 9.2 LOPJM), ostentando en ese caso la audiencia carácter preceptivo.



parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos"; la segunda, que aunque los tribunales no están obligados a oír siempre al menor, pudiendo incluso prescindir de esa audiencia o entender más adecuada su realización por un experto *"en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés de aquel"*, para poder tomar una u otra decisión han de resolver de forma motivada. Y, en el presente caso, ni se ha oído a los menores ni se ha cumplido con la exigencia de motivación de la decisión. Así, a pesar de que ninguna de las partes lo solicitó ni en primera ni en segunda instancia, *"debía haberse acordado de oficio o, en otro caso, y a la vista de la edad de los menores, haberse descartado, pero motivando que no procedía llevarla a cabo, bien por no resultar necesaria al carecer los menores de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés"*. Concluye el Tribunal que la sentencia recurrida *"se ha dictado sin que nada de lo anterior se haya hecho"*, quebrantándose las normas legales que amparan el derecho a ser oído en nuestro OJ, desatendiendo la jurisprudencia sobre la materia y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores.

En la STS de 19 de julio de 2021, resuelve el TS estimando un recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia dictada por la AP sin haber escuchado al menor. Interpuesta por el padre del menor demanda de modificación de medidas definitivas de sentencia de divorcio, que atribuía la guarda y custodia del hijo enteramente a la madre, con quien convivía en el extranjero, fue desestimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, que denegó la solicitud de custodia paterna -y las medidas inherentes a ella-. Recurrida la sentencia en apelación por el mismo, se pronunció también la Audiencia Provincial en sentido desestimatorio de la petición, dejando constancia de la preceptividad de oír *"al menor que cuenta con 15 años, y no ha sido oído, desconociéndose por tanto cuál sea su voluntad sobre su custodia"*, sin acordar de oficio su audiencia. Frente a ella, interpone el padre recurso. El Supremo reitera en la sentencia la necesidad de oír al menor en los procedimientos



que directamente le afectan (sentencia 157/2017, de 7 de marzo). Concretamente, señala el Tribunal que, dado que la “*aparente contradicción*” entre el CC y la LEC, como ya se apuntó, viene a ser aclarada la LOPJM y la CDN “*en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio*”, para que el juez o tribunal “*pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor*” debe resolver motivadamente (sentencia 413/2014, de 20 de octubre). Por ello, concluye que en el presente caso el menor debió ser oído por el simple hecho de que su edad permitía presumir que ostentaba suficiente madurez, “*lo que debió acordar de oficio el Tribunal, sabedor como era de su preceptividad*”.

En la STS de 30 de noviembre de 2020¹²³, el recurso de casación interpuesto por la madre de dos menores -de 8 y 12 años de edad- trae causa de demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, en la que el padre solicita la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida. Solicitud que es denegada en primera instancia pero estimada en apelación por la AP, contra la que se interpone el presente recurso. En este caso en concreto, la madre solicitó tanto en primera como en segunda instancia la exploración de los menores, que fue denegada sin motivación alguna. Con fundamento en la misma doctrina utilizada para fundamentar la decisión anterior (sentencias 157/2017, de 7 de marzo y 413/2014, de 20 de octubre) el Supremo estima el recurso de casación y concluye la vulneración del derecho del menor a ser oído (conforme a la normativa vigente) por no haberles dado audiencia -teniendo en cuenta que era preceptiva, por lo menos en el caso del menor de 12 años-, y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración hecha por su madre.

¹²³ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 30 de noviembre de 2020 (rec. núm.5518/2019 [RJ2020\4795]).



En todas las resoluciones comentadas, el Supremo falla en el sentido de anular la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones al momento anterior a su dictado para que, antes volver a pronunciar un fallo, el tribunal de segunda instancia haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y escuchados sobre su guarda y custodia¹²⁴.

2. Sentencias que confirman la no procedencia de la audiencia, aún siendo preceptiva, por ser innecesaria

Es importante tener en cuenta que la inobservancia de la audiencia del menor no siempre constituirá una vulneración del derecho del menor a ser oído (tutela judicial efectiva), aún cuando teniendo carácter preceptivo el juez o tribunal la estimen innecesaria o perjudicial. Pero, en todo caso, la decisión de no dar audiencia al menor debe estar suficientemente motivada, pues la ausencia de motivación suficiente lleva aparejada una serie de consecuencias jurídicas que se plasmarán en este apartado.

Así, por ejemplo, la STC de 29 de junio de 2009¹²⁵ no aprecia vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de un menor de 11 años al que no se le dió audiencia en fase de apelación por haber expresado este su opinión ante el equipo psicosocial, que la hizo constar en el correspondiente informe. En este contexto, la madre del menor presenta recurso de amparo frente a la sentencia de la AP que resolvía el recurso de apelación interpuesto por la misma con intención de que declarase la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia¹²⁶ y se diese audiencia al menor, que se denegó por la razón que se acaba de adelantar al entender que la AP que “*la oposición del menor al régimen de visitas quedó acreditada, de modo que la referida audiencia resultaba intrascendente*”. El Constitucional, por su parte, entiende que la

¹²⁴ A más ahondamiento, encontramos otras sentencias, como las SSTs de 7 de marzo de 2017 (rec. núm. 1874/2016 [RJ\2017\703]) y de 20 octubre de 2014 4 (rec. núm. 1229/2013 [RJ\2014\5613]) e incluso otras, como la SAP de Alicante (Secc. 7ª) de 29 de enero de 2003 (rec. núm. 908/2002 [AC\2003\694]), que resuelve en el mismo sentido que nuestro Alto Tribunal.

¹²⁵ STC de 29 de junio de 2009 (rec. núm. 273/2008 [RTC\2009\163]).

¹²⁶ Que acordó la modificación de las medidas definitivas demandadas por el padre del menor, estableciendo un régimen de visitas respecto del que la madre no se mostraba a favor.



argumentación ofrecida por la AP, suficientemente motivada, es coherente con la normativa vigente en ese momento y aplicable al asunto (art. 92.6 CC y art. 9.2 LOPJM), que contempla la posibilidad de que cuando no sea posible oír al menor se haga “*a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente*”.

En la jurisprudencia del Supremo, y en lo que ahora nos ocupa, tiene interés las STS de 25 de octubre de 2017¹²⁷. En ella, el Tribunal Supremo resuelve en sentido desestimatorio un recurso de casación interpuesto por la madre de una menor -de 12 años de edad- que ha solicitado tanto en primera como en segunda instancia la exploración de la misma, habiendo sido denegada. Así, el padre de la menor presenta demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio -de mutuo acuerdo al existir CR- solicitando un cambio en el régimen de guarda y custodia, atribuido con carácter exclusivo a la madre inicialmente, para que se establezca un régimen de custodia paterna, a lo que la madre se opone presentando también demanda de modificación de medidas para que se fije un régimen de visitas alternativo al existente. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la petición del progenitor, a quien atribuye la guarda y custodia de la menor, sin concederse la audiencia de la menor solicitada por la madre porque “*sería la tercera vez que se le sometiese a exploración y ya en las anteriores habría manifestado su opinión sobre las medidas en cuestión*”. Contra esta sentencia interpuso la madre recurso de apelación -que fue desestimado por la AP, que confirmó la sentencia de 1º instancia- y solicitó nuevamente la exploración judicial de la hija menor, denegada por la AP bajo la siguiente argumentación: “*sin perjuicio de la importancia que puedan tener en general las exploraciones de los menores, lo que no puede realizarse es un judicialización de los mismos, en el sentido de que deban asistir en pluralidad de ocasiones a los juzgados a declarar sobre el mismo problema matrimonial existente, ni crearles conflictos de lealtades*”. Contra la sentencia dictada por la AP interpone finalmente el recurso de casación ya referido, en

¹²⁷ STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 25 de octubre de 2017 (rec. núm. 1085/2016 [RJ\2017\4676]).



el que el TS señala que aún siendo cierto que *“esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan”* y que, cumpliéndose los supuestos legales en los que el menor ha de ser oído, deben estos *“ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio”*, para que *“el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor; será preciso que lo resuelva de forma motivada”* y en este caso *“su denegación, en ambas instancias, se encuentra suficientemente motivada y con argumentos protectores del interés de la menor”*. En este caso, por tanto, aún siendo preceptiva la audiencia de la menor, entienden nuestros Tribunales que resulta improcedente su práctica.

Destacamos, por su trascendencia en nuestro estudio, la SAP de Tarragona de 15 de abril de 2016¹²⁸, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre de un menor -por aquel entonces de 15 años- frente a la sentencia dictada en instancia, que concede la modificación de medidas de divorcio -de mutuo acuerdo- solicitadas por el padre del menor y sustituye el régimen de guarda materno por el paterno. Especial importancia adquiere este caso en concreto, pues ejemplifica a la perfección lo que se explicó sobre la posibilidad de no dar audiencia al menor, aún siendo preceptiva -en este caso, tiene 15 años-, cuando aquella es susceptible de repercutir negativamente en él. En esta línea, el Tribunal prescinde de la audiencia del menor *“al contar con dos exploraciones que dan una visión angustiada del mismo y asustado ante el poder de decisión que ambos padres parece le han infundido, considerándose que su exploración nada aportaría y sí aumentaría su angustia y conflicto de lealtades”*. Y más concretamente, *“fue la especial situación del menor y su horror a ser el elemento decisor de la contienda y a tomar partido por uno y otro progenitor, a los que se mantiene unido y percibe con igual arraigo, lo que llevó a este Tribunal a prescindir de su exploración después de haberla acordado, pues sería difícil no hacer recaer sobre el*

¹²⁸ SAP Tarragona (Secc. 1ª) de 15 abril de 2016 (rec. núm 661/2015 [JUR\2016\134945]).



menor esa sensación de ser el que decidía si después de ser oído la contienda se decantaba a favor de uno y otro”.

Ahora bien, como se adelantaba al inicio de este apartado, cuando los juzgados o tribunales consideren que la audiencia no procede por ser perjudicial para el menor o por ser innecesaria, tendrán que motivar suficientemente su decisión, pues de lo contrario nos encontraremos con sentencias que declaran la nulidad de las actuaciones por no haberse justificado suficientemente la improcedencia de la audiencia. Y esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la SAP de Cáceres de 29 de septiembre de 2020¹²⁹, que resuelve favorablemente un recurso de apelación interpuesto por la madre de dos menores de edad -una de ellas de 14 años- frente a la sentencia dictada en primera instancia que desestimó su demanda de modificación de medidas¹³⁰, y denegó la propuesta de exploración de las menores. En lo que interesa, la AP recoge, de forma sucinta, en su FJ 3º que: *“cuando el menor cuenta con doce años de edad (más en este caso, que la menor cuenta con 14 años de edad), la audiencia del mismo por el Tribunal es preceptiva, y no puede obviarse ni aun cuando se motivara tal decisión, sobre todo cuando la justificación que se ofrece no es asumible”*. En el presente caso, el Juzgado de instancia justificó su decisión (no dar audiencia a la menor) sobre la base de la existencia de una exploración previa de la hija en sede de medidas provisionales, habiendo sido oída también por la psicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal, que elaboró el correspondiente informe forense. Para el Tribunal, esta justificación no es sólo insuficiente, *“sino impropia para prescindir de la audiencia de la menor, ya que es una actuación preceptiva y distinta (o con efectos diferentes) a las consideraciones de los Informes Psicosociales, e incluso a las declaraciones que, ante los psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los Institutos de Medicina Legal, pudieran manifestar los menores (...)”*.

¹²⁹ SAP Cáceres (Secc. 1ª) de 29 de septiembre de 2020 (rec. núm. 358/2020 [JUR\2020\329878]).

¹³⁰ Se pretende la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia sobre las hijas menores habidas en el matrimonio, de guarda y custodia compartida, a monoparental a favor de la madre.



Se observa, entonces, que la resolución de un asunto que afecte al menor sin darle audiencia y sin motivar suficientemente la decisión, en especial cuando esta sea preceptiva, implica la vulneración de su derecho, lo que conlleva la declaración de nulidad de las actuaciones, con retroacción de las mismas al momento anterior al que se dictó sentencia, para que la decisión respete el trámite de audiencia.

IX. Conclusiones

i. La Convención de los Derechos del Niño se configura como un hito en la proyección jurídica del menor, que ha dejado de ser un objeto de protección para convertirse en un auténtico sujeto de derechos. En este contexto ha jugado un papel de vital importancia el reconocimiento al menor del derecho a ser oído y escuchado: toda decisión que se adopte en el seno de un proceso, ya sea público o privado, judicial o extrajudicial, que afecte al menor, deberá ser adoptada en su interés superior, y para ello es primordial que se le dé la oportunidad de ser oído.

ii. Ha quedado suficientemente constatado en este estudio que el derecho a ser oído y escuchado no constituye un medio de prueba. Se erige entonces como un auténtico derecho del menor, un cauce procesal a través del cual el juez conocerá sus preferencias concretas e intereses y adoptará la decisión más beneficiosa en interés de aquél.

iii. Que la audiencia del menor no pueda catalogarse como medio de prueba no implica que el juez no pueda tener en cuenta las manifestaciones vertidas por el menor en el proceso a la hora de dictar sentencia, pues también ha quedado constatado su valor probatorio. Ahora bien, el juez, en beneficio o interés del menor, podrá decidir apartarse de lo manifestado por aquél, debiendo hacer constar en la sentencia las razones que le han llevado a tener en cuenta (o no) la opinión del menor a la hora de adoptar la decisión.



iv. El derecho a ser oído y escuchado es un derecho renunciabile. Para el menor expresar sus opiniones es una “*opción y no una obligación*”, pudiendo éste cesar su participación en cualquier momento. En todo caso, el ejercicio del derecho requiere que se informe al menor de que sus manifestaciones no vinculan al juez en su decisión final para evitar todo sentimiento de carga o responsabilidad que sobre el mismo pudiera recaer.

v. Existe, tanto a nivel nacional como internacional, una pluralidad de normas y textos legales que recogen y reconocen al menor su derecho a ser oído, carentes de homogeneidad en su regulación. A nivel puramente interno, nos llama la atención que se haya desaprovechado la oportunidad de armonizar la normativa referente a la audiencia del menor por medio de las diferentes leyes (LO 8/2015 o LOPIVI) que en los últimos años han modificado los preceptos reguladores de la misma, en particular, por la gran inseguridad jurídica que produce la disparidad normativa existente.

vi. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general nº12, lleva a cabo una labor trascendental para el conocimiento del sentido y alcance del derecho del menor a ser oído y escuchado.

vii. No existe en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la abundancia normativa, un precepto específico que regule la forma en que el juez ha de realizar la audiencia o exploración del menor, careciendo esta de requisitos de forma legales, con la consecuente inseguridad jurídica que ello genera.

viii. Los poderes públicos tienen la obligación inexcusable de garantizar al menor el derecho a ser oído y escuchado, debiendo el juez acordar la audiencia del menor de oficio. Audiencia que tendrá carácter preceptivo cuando este tenga suficiente madurez y, en todo caso, cuando haya alcanzado la edad de 12 años. En cualquier caso, el derecho del menor a ser oído no es absoluto e incondicionado, pudiendo el juez, excepcionalmente, denegar de forma motivada la audiencia al menor cuando la estime



perjudicial, improcedente o innecesaria o, incluso, sustituirla por el informe de especialistas. Por esta razón, la inobservancia del derecho a ser oído no siempre supondrá una vulneración del mismo.

ix. Se constata que la resolución de un asunto que le afecte sin darle audiencia y sin motivar suficientemente la decisión, en especial cuando esta sea preceptiva, implica la vulneración de su derecho, lo que conlleva la declaración de nulidad de las actuaciones, con retroacción de las mismas al momento anterior al que se dictó sentencia, para que la decisión respete el trámite de audiencia.



X. Bibliografía

ABEL LLUCH, X.: *La prueba en los procesos de familia*, 1º ed., Ed. La Ley, Madrid, 2019.

BARBER CÁRCAMO, R: “El derecho del menor a ser oído y a que sea tenida en cuenta”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 17, 2019.

DÍAZ DOMÍNGUEZ, P.: “El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado”, *Diario La Ley*, núm. 9542, diciembre 2019.

DÍEZ RAZA, S.: “Las declaraciones judiciales de los menores en los procesos de separación y divorcio en un entorno adecuado (las Casas de la Justicia para los niños)”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (Diario La Ley), núm. 33, enero 2022.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 19, 2005.

PILLADO GONZÁLEZ, E: “El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo, relevancia probatoria”, en AA.VV (MUINELO COBO, J.C.; CALAZA LÓPEZ, S.; PILLADO GONZÁLEZ, E., Dir): *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, 1ª ed., Ed. Aranzadi S.A.U, Pamplona, 2022.

RODA Y RODA, D: “*El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Murcia, 2014.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: “El Derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* (Diario La Ley), núm. 131, marzo 2018.



Otros recursos

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general nº12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.* Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO sobre *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>.

Jurisprudencia consultada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH (Secc. 3º) de 11 de octubre de 2016 (caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España [TEDH\2016\72]).

Tribunal Constitucional

- STC de 29 de mayo del 2000 (rec. núm. 4233/1996 [RTC\2000\141]).
- STC de 6 junio de 2005 (rec. núm. 1966/2004 [RTC\2005\152]).
- STC de 29 de junio de 2009 (rec. núm. 273/2008 [RTC\2009\163]).
- STC de 18 de julio de 2019 (rec. núm. 1595/2016 [RTC\2019\99]).

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 4 de noviembre de 2013 (rec. núm. 2646/2012 [RJ\2013\7074]).



- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1229/2013 [RJ\2014\5613]).
- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 7 de marzo de 2017 (rec. núm. 1874/2016 [RJ\2017\703]).
- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 25 de octubre de 2017 (rec. núm. 1085/2016 [RJ\2017\4676]).
- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 15 enero de 2018 (rec. núm. 1195/2017 [RJ\2018\28]).
- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 30 de noviembre de 2020 (rec. núm. 5518/2019 [RJ\2020\4795]).
- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 19 de julio de 2021 (rec. núm. 5532/2020 [RJ\2021\3411]).
- STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) de 27 de julio de 2021 (rec. núm. 4160/2020 [RJ\2021\4023]).

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y de lo Penal, Secc. 1ª) de 12 de enero de 2017 (rec. núm. 99/2016 [RJ\2017\2078]).
- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal, Secc. 1ª) de 10 de diciembre de 2020 (rec. núm. 12/2020 [RJ\2020\5663]).

Audiencias Provinciales

- SAP de Alicante (Secc. 7ª) de 29 de enero de 2003 (rec. núm. 908/2002 [AC\2003\694]).



- SAP Badajoz (Secc. 3ª) de 2 de octubre de 2014 (rec. núm. 288/2014 [JUR\2014\261050]).
- SAP Tarragona (Secc. 1ª) de 16 de febrero de 2016 (rec. núm. 230/2015 [JUR\2016\63559]).
- SAP Tarragona (Secc. 1ª) de 15 abril de 2016 (rec. núm 661/2015 [JUR\2016\134945]).
- SAP Barcelona (Secc. 12ª) de 26 de junio de 2016 (rec. núm. 1148/2013 [JUR\2015\187169]).
- SAP Barcelona (Secc. 18ª) de 21 de marzo de 2018 (rec. núm. 1104/2016 [JUR\2018\167475]).
- SAP Cáceres (Secc. 1ª) de 29 de septiembre de 2020 (rec. núm. 358/2020 [JUR\2020\329878]).