

# Audiencia de los menores en la adopción de medidas sobre custodia

Comentario de la STS de 27 de mayo de 2024

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[castoparamo@gmail.com](mailto:castoparamo@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

En los procedimientos de familia se deciden en muchas ocasiones medidas que afectan a los hijos menores, que, de acuerdo con su grado de madurez, han de ser oídos, y cuando esa audiencia no se celebra, su falta de realización puede tener consecuencias desde el punto de vista del menor afectado, pero también consecuencias procesales, hasta el punto de que pueden dar lugar a nulidades que provoquen la devolución de las actuaciones al juzgado o tribunal que decidió el procedimiento, para que proceda a oír a los menores afectados respecto de la guarda y custodia, el régimen de visitas o aquellas otras medidas que pudieran afectarles. Por tanto, es necesario, mencionar que la audiencia de los menores es un presupuesto necesario en este tipo de procedimiento y que, en caso de que las medidas les afecten, se debe realizar.

Esto es lo que sucede en la sentencia que se comenta, y que en resumen de los hechos se señala que el progenitor paterno interesó en su demanda, entre otras modificaciones, el establecimiento de una guarda y custodia compartida.

En primer lugar el juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia desestimó la demanda en la que se solicitó la guarda y custodia compartida, pero la demanda incluía que, en caso de no estimarse, se ampliase el régimen de visitas. Tras los trámites correspondientes se desestimó la demanda de modificación de medidas y durante el procedimiento no se acordó la audiencia de los menores afectados.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 30 de junio de 2024).

La sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia acordando, entre otras medidas, el aumento del régimen de visitas a un día entre semana con pernocta, sin que se oyera a los menores.

El interés superior del menor aparece en toda la normativa internacional, estatal y autonómica como el criterio determinante para solicitar y adoptar cualquier medida que afecte a los menores de edad, y forma parte de su estatuto jurídico, que como norma de orden público, no puede ser desconocida por ningún poder público, y por tanto, tampoco por los tribunales de justicia, y se inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva y la defensa de las partes a que se refiere el artículo 24. 1 y 2 de la Constitución.

En relación con la normativa que integra este interés superior del menor pueden mencionarse las siguientes normas internacionales y normas internas.

En el ámbito internacional debe mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3, párrafo 1 señala que

en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En la normativa española destaca la Constitución, que en su artículo 39.4 dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Además, es preciso mencionar el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, introducido por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en relación con este derecho del menor a que se tenga en consideración su interés dispone que:

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los es-

tablecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- 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.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

A continuación, en el punto 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, se establece que estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. 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.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

La audiencia de los menores es muchas veces necesaria para valorar su interés y teniendo en consideración el resto de las pruebas que se realicen, como recoge, por ejemplo, la Ley de la jurisdicción voluntaria, que prevé en el artículo 18, sobre las comparencias re-

feridas a expedientes en los que los intereses de los menores de edad o personas con discapacidad se ven afectados, que sean oídos en condiciones idóneas.

El derecho a ser oído que tienen los menores está estrechamente relacionado con el interés superior del menor, si por su edad o condiciones de madurez puede contestar sobre lo que se le pregunte, al poder ser determinante a la hora de decidir sobre las medidas que procedan.

La Convención sobre los Derechos del Niño manifiesta en su artículo 12 que los Estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del mismo. Asimismo, nos indica que, con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Esta norma se relaciona con la del artículo 3 sobre el interés superior del niño, interés que ha de atenderse en todas las decisiones o medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales o Administraciones. Es decir, no se puede reafirmar en aras del «interés superior del niño» su incapacidad legal o procesal, porque es contrario al espíritu de la convención.

Por otra parte, el artículo 9 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reformada por la ley orgánica que se estudia, dispone que:

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, 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.

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 compren-

der y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 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.

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.

Específicamente se indica en el artículo 92 del Código Civil que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. El mencionado artículo en el apartado 6 dice 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».

También el artículo 770.1. 4.<sup>a</sup> de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) dice que:

Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

[...] 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 12 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.

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.

Por tanto, se garantiza el derecho a ser oídos para los mayores de 12 años, y respecto de los menores de dicha edad serán oídos si tuvieren suficiente juicio y madurez, lo permite que, en muchas ocasiones, se considere conveniente oír a menores de 12 años, siempre que no sean demasiados pequeños, para tratar de valorar siempre cuál es su interés.

En el ámbito procesal, el artículo 777.5 de la LEC, respecto de la modificación de medidas que se indica que se registrá por lo dispuesto en el artículo 770, establece que deberá ser oído el menor mayor de 12 años, y el menor de dicha edad podrá serlo de acuerdo con las circunstancias personales a juicio del juez.

En el ámbito jurisprudencial puede mencionarse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre de 2016, que respecto al trámite de audiencia de menores dice que

el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado.

Observa, sin embargo, el derecho español:

En caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada.

También puede mencionarse la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1229/2013, NormaCEF NCJ058939), que dice que:

La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, 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 acor-

darla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia 152/2005 del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 2005 (NormaCEF NCJ040673).

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras del interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

En función de lo expuesto procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

La Ley Orgánica 8/2021 menciona el derecho a ser oídos los menores, cuando dice:

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Asimismo, en la Ley de la jurisdicción voluntaria, modificada por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, el artículo 18, que regula la celebración de la comparecencia, conteniendo la especialidad 4.<sup>a</sup> del apartado 2, establece que:

Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

La autoridad judicial o el letrado de la Administración de justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Es fundamental en estos supuestos oír a los menores en estos procedimientos, y así lo expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia 64/2019, de 9 de mayo (NormaCEF NCJ064064); explica la transcendencia del derecho del menor a ser oído, y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y nos enseña al respecto que:

El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inex-



cusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, NormaCEF NCJ051961). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5 [NormaCEF NCJ047815]; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7 [NormaCEF NCJ040472]; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4 [NormaCEF NCJ040673], y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5 [NormaCEF NCJ041128]).

Esta sala se ha ocupado, igualmente, de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho, siendo manifestación, al respecto, la contenida en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre (NormaCEF NCJ058939); 157/2017, de 7 de marzo (NormaCEF NCJ062301); 578/2017, de 25 de octubre (NormaCEF NCJ062853); 18/2018, de 15 de enero (NormaCEF NCJ063081); 648/2020, de 30 de noviembre (NormaCEF NCJ065252); 548/2021, de 19 de julio (NormaCEF NCJ065666), y 577/2021, de 27 de julio (NormaCEF NCJ065720), entre otras, de las que cabe extraer, en lo que ahora nos interesa, a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas: (a) la audiencia del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (b) aunque 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 audiencia o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones, reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 CDFUE).

Por ello se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho.

El interés del menor y el derecho a ser oído deben ser siempre tenidos en consideración en los procedimientos de familia cuando se deba decidir sobre la guarda y custodia del menor o bien sobre el régimen de visitas, o sobre cuestiones sobre las que deban afectarle y deba manifestar lo que opina, y cuando ese derecho se desconoce se vulnera el derecho del menor, y eso ocurriría incluso en los casos en que exista un informe psicosocial que

dictamine sobre la guarda y custodia y sobre el régimen de visitas, sin que esos derechos sean suplidos sin otra consideración por el tribunal correspondiente.

En ocasiones se trata de suplir la audiencia del menor que fue omitido en la instancia con la elaboración del informe por el equipo psicosocial, pero no eliminaría ni corregiría la omisión de ese derecho a ser oído, que como se ha mencionado, forma parte del estatuto jurídico del menor, que es de inexcusable observancia, y que de no realizarse incidiría en una omisión que no puede omitirse.

En el supuesto de la sentencia que se comenta, tanto el juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia como la audiencia provincial omitieron la obligación de oír al menor, que siendo de inexcusable cumplimiento deberían haber realizado, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo en aplicación de la legislación aplicable estima el recurso para que se haga efectivo el derecho del menor a ser oído y escuchado sobre aspectos tan importantes como la guarda y custodia compartida y sobre el régimen de visitas y su posible ampliación.