

EL DERECHO A LA AUDIENCIA TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS  
LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA  
Y ADOLESCENCIA

THE RIGHT TO BE HEARD AFTER THE LAST LEGISLATIVE  
REFORMS FOR CHILD AND ADOLESCENT PROTECTION.

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 120 - 127.*

---

Fecha entrega: 30/11/2015  
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. FUENSANTA RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE  
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz  
fuensanta.rabadan@uca.es

**RESUMEN:** En la regulación del derecho a la audiencia del menor se han introducido modificaciones tanto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de abril, de Protección Jurídica del Menor, como en diversos preceptos del Código Civil, con motivo de las reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, en materia de protección de la infancia y la adolescencia.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la audiencia; menor; protección de la infancia y la adolescencia.

**ABSTRACT:** The minor's right to be heard is regulated in the Organic Law 1/1996 on Legal Protection of Minors and in the Civil Code. This regulation has been modified by the Organic Law 8/2015 and the 26/1015 Act on child and adolescent protection.

**KEY WORDS:** right to be heard; minor; child and adolescent protection.

**SUMARIO:** 1. El derecho a la audiencia.- 2. El art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015.- 3. Modificaciones introducidas en el Código Civil por la Ley 26/2015 en el ámbito del derecho a la audiencia.- 4. Conclusiones.

1. El reconocimiento al menor de una esfera propia de autonomía de acuerdo con su desarrollo evolutivo, exige en aras de la adecuada protección de su interés, el respeto de su opinión y sus decisiones. De esta base, parte el derecho a la audiencia del menor, en la medida que se entiende que el menor tiene algo que decir en aquellos asuntos que le afectan, y por ello, en la búsqueda de su interés es necesario conocer su opinión, valorarla y en función de la misma decidir. Así, este derecho del menor a expresar su opinión en los asuntos que le afecten, se ha reconocido en el orden internacional, en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y en el ámbito comunitario, en el art. 24 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En nuestro ordenamiento jurídico, la plasmación de este derecho se lleva a cabo en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; en el Código Civil -arts. 92, 154, 156, 159, entre muchos otros-; y en la Ley de Enjuiciamiento Civil -arts. 770.4 y 777.5-.

Por otro lado, respecto a la regulación del derecho a la audiencia en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), y en el Código Civil (CC), hay que destacar que ha sido objeto de modificación a raíz de la reforma operada en materia de protección de la infancia y la adolescencia por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y la Ley 26/2015, de 28 de julio. En este sentido, se han introducido en el régimen del derecho que nos ocupa, algunos cambios significativos que interesa analizar.

2. La actual redacción del art. 9 de la LOPJM es resultado de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LO 8/2015). Las razones de esta reforma se encuentran, como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LO 8/2015, en el propósito de establecer una regulación del derecho a la audiencia del menor más detallada y adaptada a distintas normas internacionales entre las que destacan el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo

instrumento de ratificación fue publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 12 de noviembre de 2010; y la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Centrándonos ya en la redacción del art. 9 de la LOPJM, entre los aspectos novedosos que presenta, destacamos, en primer lugar, la inclusión del término “escuchado” que no aparecía en la anterior redacción del precepto. Así, en su apartado 1, el art. 9 dispone “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado”. En este sentido, la doctrina ha manifestado que en el derecho a ser oído, el menor expresa su opinión ante el reclamo de un tercero (el Juez, por ejemplo) que tiene que decidir sobre un asunto que afecta al menor; y que en el derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama expresar su opinión ante la persona que decide sobre la cuestión que le afecta (v. RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 202).

Otra de las novedades es que se prohíbe expresamente cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, en consonancia con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (v. Preámbulo de la LO 8/2015), de su edad u otra circunstancia.

Asimismo, se incluye la expresión “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”, por influencia de la Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que es uno de los puntos de partida, como hemos señalado antes, de la reforma del art. 9 de la LOPJM. En la interpretación de estos términos hay que tener en cuenta, por tanto, la citada normativa internacional, y así, de acuerdo con la misma, cabe entender que las opiniones del menor tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que éste sea capaz de formarse un criterio propio, y que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de la opinión del menor, debiendo ser evaluada su capacidad o madurez, para tener debidamente en cuenta sus opiniones (v. apartados 28 y 29 de la Observación nº 12).

Continuando con el apartado 2 del art. 9 de la LOPJM, entre las modificaciones que presenta, resaltamos la sustitución del término juicio por el de madurez, “por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense” y “que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los

Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011” (v. Preámbulo de la LO 8/2015). Así, el art. 9.2 de la LOPJM dispone “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”. También, novedosamente, el art. 9.2 incluye criterios que ayudan a determinar cuándo un menor tiene suficiente madurez para ejercer este derecho. En concreto, señala que “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”, criterios que reflejan la influencia de la Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño (v. apartado 30 de la Observación nº 12); y a continuación, añade “Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”. Es decir, cuando el menor esté por debajo de los 12 años, habrá de valorarse si tiene la madurez suficiente para ejercitar este derecho; valoración que habrá de llevarse a cabo por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, conforme a los criterios contenidos en el propio art. 9.2 de la LOPJM. En todo caso, una vez cumplidos los 12 años, se considera que el menor ha alcanzado la madurez necesaria para el ejercicio de este derecho.

Ahora bien, pese al tono categórico de la redacción (“en todo caso”) entendemos que se trata de una presunción, por lo que si se pusiera claramente de manifiesto que, aun cumplidos los 12 años, debido a sus circunstancias personales o vitales, el menor no ha alcanzado la madurez o capacidad necesaria “para comprender o evaluar el asunto concreto del que se trata”, no procedería la audiencia. Asimismo, consideramos que este criterio en la determinación de la audiencia del menor que establece una presunción de madurez a partir de los 12 años, se aleja de los contenidos de la Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que dispone “la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso” (v. apartado 29 de la Observación nº 12).

Por otro lado, hay que tener presente que, antes de la reforma operada por la LO 8/2015, el citado art. 9 de la LOPJM no especificaba una edad concreta y simplemente señalaba la obligación de garantizar el ejercicio de este derecho

al menor cuando tuviera suficiente juicio. Por lo tanto, la fijación de los 12 años como edad de referencia en el ejercicio de este derecho por el menor es una de las novedades que presenta la redacción actual del citado art. 9, si bien este criterio no es algo extraño a nuestro ordenamiento, pues ya se contemplaba en el Código Civil.

Para concluir con la reforma del art. 9 de la LOPJM que no ocupa, subrayamos que la redacción de su apartado 3 anterior a 2015 exigía que la resolución denegando la comparecencia o audiencia de los menores estuviese motivada, pero ahora, tras la LO 8/2015, es además necesario que esté motivada “en el interés superior del menor”.

3. La Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015), también incide en la regulación del derecho a la audiencia, si bien al tratarse de una ley ordinaria no introduce cambios en el art. 9 de la LOPJM, pero sí reforma diversos preceptos del CC que contienen este derecho. En concreto, la actual redacción de los arts. 154, 158, 161, 172 ter, 173, 177 y 178 es resultado de la Ley 26/2015, que trata de ajustar la regulación del derecho a la audiencia de estos preceptos a lo establecido en el art. 9 de la LOPJM por la LO 8/2015. Así, se dispone que se oiga al menor cuando tenga “suficiente madurez”, reemplazándose en los artículos pertinentes el término “suficiente juicio” por las razones más arriba indicadas, y en todo caso a partir de los 12 años. No obstante, observamos que, en ninguno de los preceptos del CC señalados, se añade la expresión “y escuchado”.

Por otro lado, también subrayamos que los art. 92, 159, 231, 237, 248 y 273 CC, que contienen una referencia al derecho a ser oído, han quedado fuera de la Ley 26/2015. En algunos de estos preceptos, por ejemplo, en el art. 159 CC, se mantiene todavía el término “suficiente juicio” si bien consideramos que no tiene mayor trascendencia, más allá de la falta de uniformidad terminológica entre los artículos, ya que “madurez” y “juicio” vienen aquí a significar lo mismo. Sin embargo, si nos parece importante que el criterio conforme al cual se oirá al menor en todo caso a partir de los 12 años no se haya incluido en varios de estos preceptos, en particular, en el art. 92 CC, que se refiere al derecho a la audiencia del menor en los supuestos separación judicial, divorcio y nulidad. A este respecto, llama la atención que los arts. 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que precisamente contienen una referencia a este derecho al regular los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, también hayan quedado al margen de la reforma de la Ley 26/2015.

En este sentido, el art. 92.6 CC (guarda y custodia) y el art. 777.5 LEC (procedimientos consensuales) disponen que “el Juez deberá 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”, manteniendo un criterio que se aleja del enunciado en el art. 9 de la LOPJM y en otros preceptos del Código Civil. Este criterio (se deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario) ha suscitado en la doctrina opiniones a favor [v. RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: *Matrimonio, separación y divorcio en España: Nueva regulación*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, pp. 121 y 169; PERDIGUERO BAUTISTA, E., DELGADO MARTÍN, J. y SERRANO CASTRO, F.: *Guía práctica sobre las reformas del Derecho de Familia*, El Derecho, Madrid, 2006, pp. 48-49; ARANGÜENA FANEGO, C.: “La diligencia de la exploración del menor en los procesos matrimoniales”, en AA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 142-143; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *El ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 39-40]; y en contra [v. MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho privado y Constitución*, 2005, núm. 19, p. 189; RODA Y RODA, D.: *El interés*, cit. pp. 214-215].

Por otro lado, el art. 770.4 LEC señala “Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”, situándose a medio camino entre los criterios anteriores. La discordancia entre este precepto y los arts. 92.6 CC y 777.5 LEC ha sido objeto de estudio en un intento por esclarecer cuáles son los criterios aplicables para determinar la audiencia del menor en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad por la doctrina [v. MARÍN LÓPEZ, M. J.: “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y divorcio”, *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, p. 260; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Reformas de la Ley 13/2009 en los procesos de familia en materia de audiencia de menores, vistas, multas coercitivas y ejecución por gastos extraordinarios (I)”, *Boletín de Derecho de Familia*, 2010, núm. 96, p. 12; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *El ejercicio*, cit. pp. 42-43]; y por la jurisprudencia [v. STS 20 octubre 2014 (RJ/2014/5613), con la que en parte disintimos].

Por último, al quedar los arts. 92.6 CC, 770.4 y 777.5 LEC fuera de las modificaciones de la Ley 26/2015, cabe preguntarse si se trata de un olvido del legislador, en cuyo caso, habría que solucionar la discrepancia entre los mencionados preceptos y el art. 9 de la LOPJM a favor de los criterios

enunciados en este último, por ser ley posterior; o si, por el contrario, se ha preferido mantener estos artículos al margen de la reforma, complicando todavía más este enrevesado panorama.

4. En conclusión, el derecho a la audiencia del menor se concibe como necesario en aras de la protección de su interés. En este sentido, las modificaciones introducidas por la LO 8/2015 en el art. 9 de la LOPJM tienen por objeto establecer una regulación de este derecho más detallada y acorde con los criterios contenidos en diversas normas internacionales. Entre las novedades de este artículo destaca la inclusión de criterios que nos ayudan a determinar cuando el menor es lo suficiente maduro para ejercitar este derecho, es decir, para que se haya formado una opinión propia sobre el asunto a tratar en el caso, que deba ser valorada con la suficiente seriedad. En definitiva, tras la reforma de 2015, el menor tendrá derecho a ejercer este derecho cuando tenga suficiente madurez, presumiéndose la misma a partir de los 12 años, aunque entendemos que la audiencia no procederá si alcanzada esta edad, el menor no presenta la capacidad que se presume. Este criterio de los 12 años se ha introducido en varios preceptos del CC como resultado de la Ley 26/2015. Ahora bien, otros artículos -92.6 CC, 770.4 y 777.5 LEC- han quedado fuera de esta reforma, dando lugar a una disparidad de criterios que genera nuevos interrogantes a este respecto.

ÍNDICE