

TRIBUNA



La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia (1)

María PÉREZ GALVÁN

Abogado de familia

Resumen

La Autora realiza un estudio sobre la audiencia de los menores en los procesos de familia, algo que, a su entender, no siempre es bien entendida por los abogados o sus clientes, ni tampoco debidamente atendida por Jueces, Magistrados y Fiscales. Las actuaciones deben siempre estar presididas por el principio del interés del menor, resultando muy complicado en ocasiones, determinar la madurez suficiente del menor y la manipulación o no que haya tenido por una o ambas partes.

INTRODUCCIÓN

Al tratar de la audiencia de los menores estamos hablando de un derecho del niño a ser oído en los procesos de familia en los que están implicados, cuya vulneración conculca, entre otras normas, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Por ello, el Juez no puede negarse a recabar información y a oír a un menor, debiendo, en caso de que no lo acuerde, tomar esa decisión mediante resolución motivada, que deberá comunicar al Ministerio Fiscal y al propio menor (art. 9 LO 1/1996).

La exploración de menores no siempre es bien entendida por los Abogados y/o sus clientes, ni bien atendida por los Jueces, Magistrados y/o Fiscales. Para que se lleve a cabo este medio de prueba, a

criterio de algunos, o actuación judicial, según otros, es preciso que el Juez valore prudencial y motivadamente que concurren, entre otros, los siguientes requisitos:

- Que se trate de un procedimiento en el que se adoptará una decisión que afecta a la esfera personal, familiar o social del menor.
- Que el menor tenga madurez suficiente.
- Que sea conveniente a su interés el ser oído.
- Que no sea contraproducente ni le ocasione un perjuicio.

I. REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUDIENCIA AL MENOR

El origen del derecho de audiencia del menor, lo encontramos en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual: «**Todos los menores tienen derecho a ser oídos en los procedimientos en los que se traten asuntos de su interés**». Sin embargo, no es un derecho incondicionado, pues cuando no sea posible o no convenga al menor, permite conocer la opinión del mismo a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

Este derecho del menor se ha ido perfilando con los años por las reformas introducidas por leyes posteriores y la doctrina y jurisprudencia, si bien queda todavía mucho camino por hacer.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, reformó el art. 92 del Código Civil y suprimió la presunción de madurez, partiendo de una determinada edad cronológica, los 12 años.

Que el menor tenga 12 años o más, no implica siempre que tenga la madurez suficiente para ser explorado. Es tarea del Juez determinar en cada caso concreto si el menor implicado tiene esa madurez antes de acordar su exploración, y puede ayudarse de informes periciales, escolares, interrogatorio de las partes, etc.

En la práctica diaria en nuestro trabajo, nos preguntamos. ¿Cómo deduce el Juez esa madurez necesaria?

Es ahí donde los Abogados de Familia como especialistas, debemos incidir y aportar los datos necesarios para llevar al criterio del Juez la necesidad y conveniencia de oír al menor o no.

En los procedimientos de mutuo acuerdo, es potestad judicial decidir si se practica la exploración, acordándose solo cuando resulte necesario y el menor tenga suficiente madurez, con independencia de su edad cronológica (art. 777 LEC, en relación con el 92.6 CC). Sin embargo, el legislador de 2005, no aplicó estos parámetros al procedimiento contencioso, manteniendo la necesidad de oír al menor, y en todo caso, a los mayores de 12 años.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 22/2008, de 31 de enero, determinó que únicamente procederá cuando el menor haya alcanzado la madurez suficiente para formarse una opinión, sin aportar mucho más sobre cuándo ocurre esto.

El legislador de 2009, con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, modificó el 770.4.ª, dejándolo como sigue: «(...) Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oírán a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años (...)». Atribuyó por tanto, al Juez la facultad de ponderar la necesidad de la audiencia como factor

previo.

La reciente LO 8/2015, de protección a la infancia desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, en adelante LJV), en su art. 18.2.4.ª, aplicable (art. 13) a todos los procesos de jurisdicción voluntaria, también prevé y, por primera vez de forma más exhaustiva como expondremos más adelante, que «cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, 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 reciente Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con las recomendaciones y criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España. Así modifica el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor en el sentido siguiente: «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. [...] ... 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».

Esta norma debe ponerse en consideración con la reciente doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de julio de 2015, según la cual «la sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: 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 acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. 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».

II. MODO EN QUE HA DE REALIZARSE LA EXPLORACIÓN DEL MENOR

La LEC no regula la forma en que deben tener lugar la audiencia del menor en estos procedimientos ni como se debe dejar constancia de ella. La nueva redacción del art. 9 LO 1/1996, dada por la LO 8/2015, de 22 de julio, señala que **se debe hacer de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, debiéndose preservar su intimidad.**

Para ello, el menor deberá recibir la información idónea que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Sin embargo, nada se dice sobre cómo debe tener lugar esta diligencia judicial dentro del proceso, ni

la señala como prueba en sentido estricto.

El Juez debe explicar al menor en qué consiste su asistencia e intervención en el procedimiento e informarle, en lenguaje coloquial y próximo, sobre la situación familiar por la que ha llegado hasta allí.

Así, el contexto en el que se desarrolle la exploración judicial influenciará sin duda al menor, de ahí la importancia de guiarnos por unos criterios o decálogo de actuación. El niño no puede establecer la necesaria relación de confianza con el Juez y el Fiscal en su caso, si se le ofrece una imagen distante, protocolaria, rígida de autoridad que no facilita la comunicación.

El escenario judicial debe ser cuidado, pues contribuye a ofrecer al menor la imagen que tiene de su responsabilidad en la decisión final.

Debe hacerse en un lugar adecuado y cómodo, y equipado para realizar estas audiencias. En nuestra opinión, nunca debe realizarse en la sala de vistas, ni vestir el Juez la toga que siempre impresiona.

Es recomendable dar una imagen de proximidad y confianza al menor

Es recomendable dar una imagen de proximidad y confianza al menor para que pueda sentirse más cómodo y libre de expresar sus deseos y opiniones sin miedos ni desconfianzas. Ofrecerle una información veraz, completa y adecuada a las condiciones de edad y madurez del mismo, será imprescindible e informarle sobre lo que se está decidiendo y en qué medida le va a afectar.

Es importante también utilizar un idioma y lenguaje adaptado a la capacidad de entendimiento del menor, que el Juez le formule las preguntas de forma que le sean comprensibles y le permitan expresarse de manera espontánea, lo que a su vez ayudará a interpretar las respuestas del menor y conocer su madurez, ya que no siempre los niños mayores de 12 años presentan la madurez necesaria. Podremos encontrarnos con niños menores de esa edad con madurez suficiente como para que se les escuche y puedan ser explorados.

Lo expresado por los menores puede estar influenciado por muchos aspectos, por lo que es importante recordar que sus deseos no tienen por qué reflejar siempre lo más conveniente para su correcto desarrollo.

Debe ser un diálogo no forzado, nunca como un interrogatorio, y nunca se debe hacer elegir al menor entre uno u otro progenitor.

La práctica de esta prueba es también una oportunidad para que el Juez, y el Fiscal si está presente, puedan aclarar al menor cuestiones del proceso que haya comprendido mal, haciéndolo de forma sencilla que le ayude a aplacar sus temores.

No debe transmitirle que el peso de la decisión que se tome recaerá sobre él. Al menor hay pues que informarlo y puede, tras las explicaciones previas, decidir guardar silencio, para lo que está también legitimado y no se le debe obligar a hablar.

La exploración de los menores debe realizarse pues, respetando las condiciones necesarias de discreción, seguridad, intimidad y ausencia de presión, para salvaguardar la dignidad y personalidad del menor, evitándole en lo posible la sensación de estar traicionando a uno u otro progenitor, y, pudiendo ser asistido por intérpretes de necesitarlo, para que pueda ejercitar este derecho por sí mismo.

Sobre el contenido de la exploración prima pues el principio de protección a la intimidad, de ahí

que muchos Jueces sean reacios en la práctica a la grabación del acto o a facilitar el soporte físico de la grabación a los Abogados de las partes.

La necesidad de ofrecer un entorno de privacidad y de comodidad al menor objeto de la exploración es difícilmente compatible con la presencia de varias personas entrevistándolo.

III. ¿QUIÉN HA DE ESTAR PRESENTE EN LA EXPLORACIÓN?

El legislador, hasta la promulgación de la nueva LJV, nada había dicho sobre quiénes deben intervenir en la exploración judicial, ni cómo dejar constancia de ella en las actuaciones.

La Sentencia de la AP de Madrid, Secc. 22.ª, de 5 de febrero de 1999, decía que la exploración consiste en una entrevista personal y exclusiva con el Juez y, en su caso, con el Fiscal. En cuanto al reflejo documental en los autos de las manifestaciones del menor, dispuso que «es absolutamente contraproducente, por lo que únicamente es preciso realizar una mera diligencia acreditativa de haberse llevado a cabo la exploración, sin ninguna mención a su contenido».

Sin embargo, no hay unanimidad en la jurisprudencia ni en la doctrina sobre estos extremos.

En la práctica, lo más frecuente es que esté presente, además del Juez, el Letrado de la Administración de justicia, el Fiscal y, a veces el Psicólogo, si existe Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados.

En cuanto a la necesidad de la presencia del Letrado de la Administración de justicia, las opiniones varían, dependiendo de si consideran que se trata de un acto del que hay que dejar constancia fehaciente mediante acta o no. En lo que no se discrepa es en lo inadecuado de que los progenitores estén presentes en la exploración, al entender que la presencia de estos, comportaría una coacción y/o, una falta de libertad en el menor, siendo frecuente que los menores acudan presionados por la versión de uno o de otro desgraciadamente.

El Ministerio Fiscal siempre debe estar presente durante la exploración

En nuestro parecer, el Ministerio Fiscal siempre debe estar presente. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de noviembre de 2005 y el Tribunal Constitucional en Sentencia de 30 de enero de 2006, además de ser un colaborador del Juez, es promotor de la justicia en defensa de los intereses y derechos de los menores e incapacitados (art. 3,6.º y 7.º Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Cuando la exploración se hace en el Recurso de Apelación, lo que en la práctica se suele producir al valorar un cambio de guarda y custodia, algunas sedes especializadas están optando porque la realice solo el Magistrado Ponente con el Fiscal. En la práctica, la presencia del Fiscal no se cumple porque no hay suficientes para cubrir todas las actuaciones donde deben actuar.

La LJV (art.18.2.4.ª, 2.º párr.), permite al Juez o al Letrado de la Administración de justicia, al regular la comparecencia: «acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. 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».

No podemos olvidar que tanto la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas,

como la LO 1/1996 (modificada por la LO 8/2015), y en la actualidad el art. 770.4 de la LEC en relación con dichas normas, permiten que el menor sea oído de forma indirecta a través de personas de confianza por él designadas o por los propios representantes legales, siempre y cuando en este último caso no exista un conflicto de intereses, conflicto que es evidente se dan en los procesos de familia.

IV. CONSTANCIA DE LA EXPLORACIÓN EN LAS ACTUACIONES

La nueva redacción del art. 9 de la LO 1/1996, dispone que «El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación» por lo que entendemos que no habría inconveniente en oír al menor a través de documento manuscrito por él mismo, confeccionado con las debidas garantías.

En lo referente a la constancia de la exploración en las actuaciones se advierte gran dificultad para conciliar el interés del menor y el resto de intereses presentes en el procedimiento. Una simple diligencia de constancia o un acta que no puede ser examinada por las partes, puede producir indefensión a éstas, provocando que la diligencia se repita en segunda instancia. De ahí que sean muchos los autores que aboguen porque sea el Juez quien, en un acta, exprese sus interpretaciones de lo que ha contado el menor.

La razón fundamental de que sus manifestaciones queden documentadas es que el órgano de apelación y las partes sepan con claridad y certeza lo que manifestó el menor. El art. 358 de la LEC dispone que del reconocimiento judicial, se levantará acta detallada.

En su día, la AP de Pamplona, en Sentencia de 20 de diciembre de 2001, decretó la nulidad de actuaciones por la falta de consignación en el acta del resultado de la diligencia de audiencia del menor. La Jurisprudencia de otras Audiencias contribuye a la confusión generalizada, ya que en muchas ocasiones es contradictoria.

Del resultado se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual

En la nueva LJV (art. 18.2.4.ª, 3.º párr.), el legislador ha querido concretar la forma de documentar dicha exploración cuando recoge que: «Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual (reiterado en el apartado 6.ª). Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días». Si no, «una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones».

Esta especificación resulta novedosa pues en ninguna de las normas anteriormente citadas, se había regulado nada sobre la forma de llevar a cabo esta importante prueba, con la consiguiente inseguridad jurídica, que da lugar a que cada juzgador la haga de una forma determinada como ha venido ocurriendo. Pero al estar excluida la analogía, ¿sólo será aplicable a los supuestos de jurisdicción voluntaria? Entendemos que sí, de lo contrario el legislador podría haber aprovechado para modificar los preceptos legales atinentes a esta cuestión de los demás cuerpos normativos para concretarlos en tal sentido, y no ha sido así.

No obstante, esta forma de documentar la exploración ya venía llevándose a cabo en algunos juzgados, donde en la práctica, se levanta una breve acta, recogiendo las impresiones, pero no lo

expresado literalmente por el menor. En otros juzgados graban la comparecencia; otros la recogen literalmente y tampoco existe unanimidad entre los Jueces sobre la posibilidad de que las partes puedan tener copia de la prueba o acceso a la misma. Algunos defienden que no debería grabarse la exploración, porque entienden que no habría inconveniente alguno en que la misma se vuelva a repetir en segunda instancia, ni tampoco en que se dé traslado de ese acta a las partes tal y como se recoge en las sentencias del TC de 6 de junio de 2005 y 25 de noviembre de 2002.

Una duda frecuente es el hecho de si el menor que es explorado también puede declarar como testigo. Entendemos que sí al existir compatibilidad, dado que ambas comparecencias tienen una finalidad distinta y existe una diferencia clara, tanto en la forma en que se debe hacer una y otra y, su documentación (arts. 368 y 372 de la LEC).

En conclusión, la exploración, necesaria para acordar las medidas que afectan a menores en los procedimientos de familia, deben estar siempre presididas por el principio del interés del menor, principio no siempre bien entendido y/o atendido, resultando muy complicado en ocasiones, determinar esa madurez suficiente y la manipulación o no que haya tenido por una o ambas partes.

(1) Trabajo incluido en el Libro homenaje al abogado D. Francisco Vega Sala.

[Ver Texto](#)