

LA PRUEBA DE EXPLORACIÓN JUDICIAL DE MENORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA



En su día en la sección de «noticias» de este espacio virtual publiqué la noticia «El Estado español condenado por no escuchar a una menor en un procedimiento de divorcio», en la que comentaba la Sentencia,

de fecha 11 de octubre de 2016, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la que fue sido condenado el Estado español por no escuchar a una menor en un procedimiento de divorcio.

Precisamente, al hilo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos surge este post.

[spacer]

REGULACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA DE EXPLORACIÓN JUDICIAL DE MENORES

La regulación legal de la prueba de exploración judicial de menores la encontramos principalmente en tres normas: el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y 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 –*modificada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la*

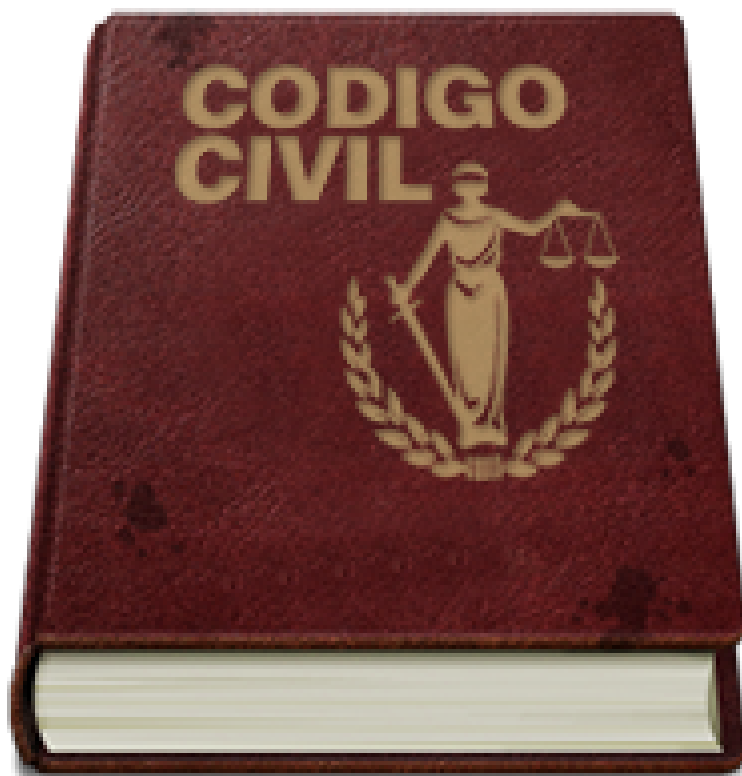
infancia y a la adolescencia-; así mismo también se encuentran referencias a dicha prueba en algunas normas de Derecho Foral; en este post me centrare en las tres primeras por ser de ámbito nacional.

El artículo 92 del Código Civil en sus apartados 2 y 6 establece que:

«2. 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.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y 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, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.»

Así mismo el **artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** en su **regla 4.ª**, relativo a los procedimientos de familia contenciosos, establece que:



«4.^a Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. 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 oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído 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.»

Mientras que el **artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, relativo a los procedimientos de familia de mutuo acuerdo, establece que:

«5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.»

Por último, el **artículo 9 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 –modificada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia-, nominado como **«Derecho a ser oído y escuchado»**, establece 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 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.



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.

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.»

A la vista de toda la normativa aplicable, la conclusión es que **estamos ante un derecho del menor, *derecho a ser oído y escuchado*.**

[spacer]

EN LA PRACTICA ¿CÓMO SE REALIZA LA EXPLORACIÓN JUDICIAL DEL MENOR?

Como he señalado en el apartado anterior estamos ante un derecho del menor, a ser oído y escuchado, pero **¿Cómo se lleva a cabo el ejercicio de ese derecho?**

La realidad es bastante desoladora, por lo general **se lleva a cabo en el despacho del Juez** encargado del asunto de familia, además **está presente el Fiscal y un funcionario** que se encarga de transcribir lo que dice el menor.



La exploración judicial del menor, salvo casos puntuales, **no suele durar más de 10 o 15 minutos.**

En esa entrevista **no están presentes los abogados de las partes, esas entrevistas no se graban, el acta no se entrega a las partes** y, a lo sumo, lo que sucede es que a los letrados

nos dejan ver el acta y tomar notas.

Es decir, estamos ante una prueba en la que la intervención de los abogados es nula y el acceso a la misma escaso; los abogados tenemos que hacer un acto de fe y confiar en que lo que recoge el acta es lo que ha dicho el menor. Punto y final.

Todo lo cual, en mi opinión, **hace que la prueba de exploración judicial del menor sea una prueba muy poco fiable.**

[spacer]

LA PRUEBA DE EXPLORACIÓN JUDICIAL DEL MENOR ¿ES UN DERECHO O UNA OBLIGACIÓN DEL MENOR?

Antes he dicho que *«A la vista de toda la normativa aplicable, la conclusión es que **estamos ante un derecho del menor, derecho a ser oído y escuchado.**»*

Como en tantas otras cosas la teoría es muy bonita, sin embargo la realidad es muy triste, ya que siento decirlo, pero salvo casos muy puntuales, no conozco ningún menor que pida ser explorado por el juez y en los casos que lo piden suele ser porque uno de los progenitores, por decirlo de forma sutil, presiona al menor para que así lo haga.

La realidad es que **los menores acuden al juzgado** porque así lo decide un juez, bien sea de oficio o a petición de una de las partes, es decir, acuden **obligados**.

Antes de ir al juzgado, **a muchos menores se les dan instrucciones sobre lo que tienen que decir al juez**, sin ir más lejos, hace unos días un padre me contaba lo siguiente *«Mi hijo me ha dicho que su madre en el corcho que tiene en la habitación, le ha puesto lo que tiene que decir al juez cuando vaya»*, por lo tanto ya se pueden imaginar...



Igualmente, conozco casos en los que menores que han ido a la exploración judicial, han dicho una cosa y, en cuanto han visto a un progenitor, le han contado

que el otro le había obligado a decir tal o cual cosa.

En consecuencia, **la prueba de exploración judicial más que en el ejercicio de un derecho se convierte en un suplicio para el menor.**

A mis 49 primaveras y con casi 18 años de ejercicio profesional como abogado de familia tengo que confesarles que todavía me impone cierto respeto entrar en el despacho de un juez, pues **imaginen ustedes lo que tiene que ser para un niño/a de 12, 13, 14, 15 o 16 años** -o menos, recientemente he visto una exploración judicial a una niña de 9 años- **entrar en el despacho de un juez, encontrarse a tres desconocidos y en 10 o 15 minutos contarles su vida o sus deseos, sabiendo además que afuera te espera tu padre, o tu madre o los dos, y que según lo que digas uno de los dos o los dos se van a «mosquear»**

Aunque los padres sean ejemplares y no le digan nada al menor, inevitablemente los niños y niñas se ven inmersos en lo que los psicólogos llaman el conflicto de lealtades, lo cual tampoco es bueno para ellos.

Por lo tanto, **es una prueba que, en mi opinión, hace sufrir a los niños** y me parece una mezquindad que un/a progenitor/a diga que quiere a sus hijos y les haga pasar por este trance.

[spacer]

¿ES PRESCINDIBLE LA PRUEBA DE EXPLORACIÓN JUDICIAL DE MENORES?

Siempre me ha parecido estúpida la pregunta de **¿A quién quieres más, a papá o a mamá?** pues bien, aunque la haga un juez, dicho sea con los debidos respetos, me parece igual de estúpida *—obviamente los jueces no suelen hacer la pregunta en estos términos, pero se aproxima bastante—*.

Después de casi 18 años dedicado al derecho de familia si algo he aprendido es que **los niños no entienden de jueces, ni de fiscales, ni de abogados, que los niños no entienden de sentencias ni de regímenes de visitas, que** *—salvo en los casos que hay violencia doméstica, patologías o adicciones en uno o en ambos progenitores— los niños sanos y felices lo único que quieren es estar con su padre y con su madre, y que la mayoría de ellos sueñan con que sus padres vuelvan a estar juntos.*

Por ello, cada día considero más innecesaria la prueba de exploración judicial de menores.

En los casos en que hay violencia domestica, venga de quien venga, del hombre o de la mujer, lo que hay que hacer es proteger a los menores del progenitor/a violento/a, así como en los casos en los que hay patologías o dependencias que puedan poner en situación de riesgo al menor. Y para ello no es necesario preguntarle nada al menor.

En los casos en que nos movemos en parámetros de normalidad, es decir, en los casos en que no hay violencia domestica ni patologías o adicciones que puedan poner en riesgo al menor, tampoco considero necesario que el menor sea escuchado, porque lo que hay que hacer es que el menor pueda disfrutar de la compañía de sus padres por igual.

No se quien ha perdido antes el «oremus», si la sociedad o los

profesionales que intervenimos en los procedimientos de familia –*jueces, fiscales, abogados, psicólogos, psiquiatras, etc...*-, que obviamente también somos parte de la sociedad, pero vamos por muy mal camino.

Siempre se ha dicho que a los niños hay que ponerles límites, es más, cuando un niño dice que no quiere vacunarse, se le obliga; cuando un niño dice que no quiere comer, se le obliga;



cuando un niño dice que no quiere ir al colegio, se le obliga; cuando un niño dice que no quiere tomarse un medicamento, se le obliga; pero **cuando un niño dice que no quiere estar, por lo general, con papá, amigo lector, la cosa cambia, hay que hacerle caso y hacer todo lo que haga falta para que se relacione con el padre lo menos posible no sea que le vayamos a crear un trauma.**

Sin embargo, algo en lo que nadie repara es que **el trauma a los niños se les crea suprimiendo de sus vidas a uno de sus progenitores, sea el padre o la madre.**

Lo cierto es que en nombre del «*Interés superior del menor*» cada día se están haciendo más disparates en los juzgados de familia, delegando en los menores decisiones que no les corresponden y permitiendo que en base a una prueba carente de fiabilidad muchos niños y niñas acaben sin contacto con uno de sus progenitores o con un contacto reducido a la mínima expresión.

Respondiendo a la pregunta que planteaba **¿Es prescindible la prueba de exploración judicial de menores?** les diré que **en mi opinión sí**; o cambiamos la forma de realizar la prueba o es mejor suprimirla, porque **actualmente para los menores es más una obligación que un derecho.**

[spacer]