

La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial

SP/DOCT/4487

Artículo Monográfico. Abril 2010

Mercedes Caso Señal. Magistrada y profesora de la Escuela Judicial
Mila Arch Marín. Profesora asociada de la Universidad de Psicología de Barcelona
Adolfo Jarne Esparcia. Profesor titular de la Universidad de Psicología de Barcelona
Asunción Molina Bartomeus. Psicóloga forense

Conclusiones que afectan directamente al ámbito procesal

- 1. Que un niño, niña o adolescente sea oído en un procedimiento civil es un derecho y no una obligación. Bajo ninguna circunstancia debe recibírsele declaración como testigo**
- 2. El niño, niña o adolescente pueden ser escuchados cuando tengan suficiente madurez. No todos los menores de más de 12 años tienen suficiente madurez**
- 3. El niño, niña o adolescente no ha de ser necesariamente oído directamente por el Juez si esta comparecencia puede ser contraria a su interés**
- 4. El niño, niña o adolescente puede ser escuchado a través de un experto (miembro del equipo técnico o perito privado). En ese caso, no es necesario convocar de nuevo al niño a la exploración judicial**
- 5. En ningún caso la exploración judicial debe realizarse en la sala de vistas y con la toga puesta**
- 6. En la exploración judicial no es conveniente que haya más de dos adultos con el menor**
- 7. El Juez no debe transmitir que el peso de la decisión recae en la opinión del menor**
- 8. La exploración debe llevarse a cabo cuidando de preservar la intimidad del menor pero dicha obligación no comporta la confidencialidad de lo manifestado por el menor, debiendo informarle de ello**

El **interés del menor** es uno de los ejes fundamentales sobre el que gira toda actuación judicial en el Derecho de familia. Un aspecto íntimamente **relacionado con este interés es el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en aquellos procedimientos judiciales en los que esté directamente implicado y que conduzcan a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social**. Este derecho ha sido reconocido claramente en los instrumentos internacionales y en la normativa interna de los estados. Concretamente, en España el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y los arts. 92 del Código Civil, 770.4 y 777 modificados por la Ley 15/2005, de 8 de julio; especialmente, la última reforma del art. 770.4 por la Ley 13/2009 dibujan el marco normativo básico que los profesionales del Derecho deben considerar.

La doctrina mayoritaria ha dejado de entender que la exploración del menor es un medio de prueba para considerar que es una diligencia a través de la cual el menor puede ejercer su derecho a ser oído.

Pero la intervención directa y personal de un menor en el procedimiento judicial no siempre puede suponer un beneficio. El experto Paul Legarde, en su informe explicativo del Convenio de 1996, ya sostenía que no siempre es de interés del niño tener que dar su opinión, particularmente si sus progenitores están de acuerdo en la medida a adoptar y ésta no resulta claramente perjudicial para éste.

Asimismo, desde la psicología (por ejemplo, Hodges, 1996), se viene alertando sobre el perjuicio que puede suponer para el menor bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, si ello le hace pensar y sentir que es él quien toma una determinada decisión que afecta a su relación con sus referentes primarios.

Así, sin duda, **en cada caso debe analizarse la situación psíquica del menor, su nivel de madurez y las circunstancias que le rodean**, al objeto de ponderar si su audiencia directa no le va a producir un perjuicio peor que el que se pretende evitar.

El menor tiene derecho a ser escuchado, pero este derecho no puede convertirse en una obligación.

Asimismo, cuando se sostiene que el proceso judicial tiene como objetivo velar por el interés del menor, ello significa también que la exploración judicial, de estimarse necesaria, debe llevarse a cabo de la forma menos perjudicial para él.

No podemos ignorar que los Jueces y Juezas son expertos en Derecho, pero no reciben formación específica de cómo ponderar la madurez de un menor, ni de cómo llevar a cabo su entrevista ni de cómo interpretar su lenguaje oral y gestual. Es la propia experiencia y las limitadas consignas legales, los márgenes en los que cada Juez o Jueza se mueve al tratar directamente con los niños y niñas implicados en el conflicto.

Son muchos los interrogantes que asaltan al Juez al encontrarse ante un menor: ¿qué hacer cuando nos pide que le guardemos un secreto?, ¿cómo podemos saber si ha sido sugestionado?, ¿qué diferencias de capacidad —memoria, razonamiento, atención— existen entre los niños?, ¿puedo estar con mi actitud influyendo en sus respuestas?, ¿le debo dar yo alguna información?, ¿debo transcribir lo que el niño dice o lo que yo interpreto?, ¿o mejor no transcribo nada con el riesgo de provocar su nueva exploración por la Audiencia?...

Desde la propia percepción de no actuar siempre de la forma más adecuada y del contraste de pareceres con numerosos compañeros, surge el propósito de indagar sobre el modo de llevar a cabo las exploraciones judiciales de menores en los procedimientos de familia.

A tal fin junto a un prestigioso equipo de psicólogos de la Universidad de Barcelona (UB) y con el apoyo del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya (CEJFE), se inició en el año 2008 un proyecto de investigación cuyo objetivo final era elaborar una guía de recomendaciones a los profesionales del derecho, y especialmente a los Jueces y Juezas de familia, para facilitar la exploración de los menores.

Esta guía parte de un estudio inicial que tenía como objetivo explorar las necesidades de los Jueces/Juezas en las exploraciones de menores, a partir de las cuales, se han generado las recomendaciones citadas.

Consta de una exposición del estado de la cuestión e incluye las recomendaciones específicas en 5 módulos diferenciados:

- 1.- Cuestiones procesales derivadas de la exploración del menor en los procesos de familia,
- 2.- el desarrollo evolutivo del menor,
- 3.- marco o encuadre de la entrevista,
- 4.- las etapas de la entrevista y,
- 5.- habilidades del entrevistador en la exploración de menores.

Este artículo es un breve resumen de las conclusiones más importantes de dicho trabajo.

Conclusiones que afectan directamente al ámbito procesal:

1. Que un niño, niña o adolescente sea oído en un procedimiento civil es un derecho y no una obligación. Bajo ninguna circunstancia debe recibírsele declaración como testigo

Fundamento legal: art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y art. 92.2 CC.

Fundamento psicológico: no es adecuado trasladar a un niño la responsabilidad de tener que pronunciarse ante hechos que los adultos no han podido resolver. El derecho de los menores a expresarse ha de prever que el niño no esté obligado a hablar sobre hechos que pueden resultar decisivos para la relación futura que mantendrá con sus referentes principales (padre-madre). Es fundamental evitar que el niño ostente en el conflicto interparental un rol que no le corresponde y que puede comportar agravios importantes en su estabilidad emocional. La concepción de la declaración como un derecho se constituye como un factor de protección respecto a la futura relación del niño con sus padres y a la nueva realidad que deberá afrontar y que evitará un posible daño emocional.

2. El niño, niña o adolescente pueden ser escuchados cuando tengan suficiente madurez.

No todos los menores de más de 12 años tienen suficiente madurez

Fundamento legal: ausencia de referencia al criterio biológico en la Declaración de Derechos de los niños de 1989, Carta Europea sobre Ejercicio de Derechos de los Menores, Reglamento 2201/2003, sobre Reconocimiento, Competencia y Ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, Ley Orgánica 1/1996, art. 92.6 CC y art. 777.5 LEC.

Fundamento jurisprudencial: STC 22/2008, de 31 de enero (SP/SENT/125744), y STS 614/2009, de 28 de septiembre (SP/SENT/480175).

Fundamento psicológico: cada menor tiene unas características personales propias que comportan un nivel de desarrollo general que no siempre es coincidente con su edad cronológica. Podemos encontrar un niño o niña de 8 años muy maduro para su edad y un adolescente de 16 muy inmaduro que no disponga de los recursos personales que su edad presupone. **Simplemente la edad cronológica no tiene por qué estar igualada con la edad madurativa.** No es adecuado convocar a un niño o niña a una exploración judicial si no tiene suficiente madurez porque:

- Puede sentirse responsable de una decisión que no le corresponde tomar.
- Puede carecer de la capacidad necesaria para comprender qué es y qué comporta la exploración judicial y, en consecuencia, no mostrarse ni actuar en consonancia con esta situación. Es necesario que el menor disponga de suficiente capacidad cognitiva y suficiente madurez emocional para entender lo que conlleva la entrevista que va a mantener con el Juez/Jueza, para poder ejercer su **derecho a ser escuchado (entendiendo también que su opinión no va a ser seguida al pie de la letra)**, sin que esto le conlleve un estrés o sobrecarga emocional que le perjudique.
- Puede sufrir un malestar emocional innecesario dada su falta de recursos para afrontar la exploración.

3. El niño, niña o adolescente no ha de ser necesariamente oído directamente por el Juez si esta comparecencia puede ser contraria a su interés

Fundamento legal: art. 6 de la Convención Europea sobre Ejercicio de Derechos de los Menores, art. 9.2 y 9.3 Ley Orgánica 1/1996, art. 92.6 CC y art. 770.4 y 777 LEC.

Fundamento psicológico: la comparecencia ante el Juez puede implicar un riesgo de infligir un daño psicológico al niño si el nivel de angustia que le provoca supera el que sus recursos le permiten afrontar. Es fundamental que el menor entienda el objetivo de esa entrevista y quién será el responsable final de la decisión judicial para evitar en la medida de lo posible que ésta le repercuta negativamente en su estabilidad emocional.

Esta situación puede presentarse ante las siguientes circunstancias:

- Cuando el niño no tiene suficiente madurez.
- Cuando hay una deficiencia en su capacidad intelectual que dificulte su comprensión de la situación.
- Cuando sufre algún trastorno psicopatológico que pueda afectar a su visión de la realidad.
- Cuando por el momento evolutivo en el que se halla o por la información recogida puede deducirse que está sufriendo un conflicto de lealtades.
- Cuando se sospecha que el niño está siendo gravemente manipulado.

4. El niño, niña o adolescente puede ser escuchado a través de un experto (miembro del equipo técnico o perito privado). En ese caso, no es necesario convocar de nuevo al niño a la exploración judicial

Fundamento legal: art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, art. 770.5 LEC.

Fundamento jurisprudencial: STC 163/2009, de 29 de junio (SP/SENT/467731).

Fundamento psicológico: en los casos en los que no se considere adecuado oír de forma directa al niño o niña por el Juez, la voz del menor puede ser recogida a través de profesionales que conozcan su percepción y que puedan transmitirla al Tribunal de forma fundamentada. Una vez practicada una intervención técnica, si ya se ha recogido suficiente información objetiva de los menores, no es recomendable llevar a cabo nuevas exploraciones que puedan repercutir negativamente en su estado emocional. La exposición repetida del menor al sistema judicial no es una experiencia inocua

para un niño y puede provocar sentimientos negativos que resulten inconvenientes para su estabilidad emocional. A este hecho se le denomina también "victimización secundaria".

5. En ningún caso la exploración judicial debe realizarse en la sala de vistas y con la toga puesta

Fundamento legal: art. 9.1.2 de la Ley Orgánica 1/1996, art. 770.4 LEC.

Fundamento psicológico: el contexto en el que se desarrolla la exploración judicial influenciará al menor. El niño/a o adolescente no puede establecer la necesaria relación de confianza con el Juez si éste le ofrece una imagen rígida de autoridad que no facilita la comunicación. Una de las reacciones habituales de un menor en un contexto estresante es la inhibición. Asimismo, el clásico escenario judicial contribuye a ofrecer al menor la imagen que tiene de su responsabilidad en la decisión final. En este sentido, es recomendable dar una imagen de proximidad y confianza al menor para que pueda sentirse más libre de expresar sus deseos y opiniones sin miedos ni desconfianzas.

6. En la exploración judicial no es conveniente que haya más de dos adultos con el menor

Fundamento legal: art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y art. 770.5 LEC.

Fundamento jurisprudencial: STC 17/2006, de 30 de enero (SP/SENT/83836), y SAP Madrid, Sección 22.ª, de 5 de enero de 1999.

Fundamento psicológico: la presencia de más adultos durante la exploración puede influenciar negativamente en su desarrollo y provocar en el niño emociones de angustia y presión que condicionará de manera significativa el clima que se establezca impidiendo una situación de tranquilidad y confianza y provocando la inhibición del menor.

7. El Juez no debe transmitir que el peso de la decisión recae en la opinión del menor

Fundamento legal: arts. 92.2 y 92.6 CC.

Fundamento psicológico: los menores acostumbran a sufrir un conflicto de lealtades cuando tienen la sensación de que deben escoger a uno de los progenitores y sufren las consecuencias emocionales de pensar que ellos son los responsables del resultado final del conflicto. Ello produce un fuerte y doloroso sentimiento de culpa. Para evitarlo se recomienda:

— Clarificar al inicio de la exploración cuáles son sus objetivos ("*Quería conocerte, hablar contigo, saber cómo ves las cosas, para poder, en unión de lo que han dicho tus padres y otros elementos, tomar yo la mejor decisión*").

— Preparar y estructurar la entrevista de exploración comenzándola con una etapa inicial o de toma de contacto donde se explicará al menor los objetivos de la entrevista y se definirán adecuadamente los roles; un núcleo central donde se tratarán los temas de forma cálida y relajada, no como un interrogatorio para que el menor pueda sentirse cómodo y una fase de finalización o cierre donde nos aseguraremos de que se han conseguido los objetivos de la misma y de que el menor ha podido expresar sus preocupaciones o aspectos que le interesan, despidiéndonos del mismo de forma cordial y cercana y priorizando su bienestar, liberándole de posibles cargas emocionales y agradeciéndole su participación.

— Evitar preguntas directas que obliguen al menor a posicionarse al lado de uno de sus progenitores.

— Evitar preguntas directas sobre los causantes de la separación o que impliquen valoraciones sobre la conflictividad parental vivida o presenciada.

8. La exploración debe llevarse a cabo cuidando de preservar la intimidad del menor pero dicha obligación no comporta la confidencialidad de lo manifestado por el menor, debiendo informarle de ello

Fundamento legal: art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y art. 770.4 LEC.

Fundamento psicológico: en los entornos profesionales tanto desde la perspectiva jurídica como psicológica existe consenso en la consideración de que en nuestro ejercicio con el menor tiene como aspecto fundamental la protección del mismo, en su más amplio sentido, contemplando siempre su mejor interés y tratándolo con respeto. Ello implica, necesariamente explicarle de forma conveniente

el destino de la información que nos traslada, explicitándole, de forma adaptada a su comprensión, nuestra obligación de transmitir aquellas cuestiones que consideremos pueden perjudicarle en caso de mantenerse "en secreto". En ningún caso se debe incurrir en el error de mentir o falsear la consigna que se le da al niño, ello le provocaría un enorme sentimiento de traición que resulta a todas luces inconveniente para su adecuado desarrollo como persona.

