



# APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

MARÍA PALOMA MARTÍNEZ  
CIMADEVILLA  
SECCIÓN TERRITORIAL ASTURIAS

## **LA AUDIENCIA DEL MENOR Y EL TRASLADO DE SU RESULTADO A LAS PARTES**

Expongo a continuación una breve reflexión acerca del tratamiento legal que la audiencia al menor recibe en nuestro ordenamiento, tanto el acto de la audiencia en sí como el traslado del resultado de la audiencia a las partes. Aun a pesar de tratarse de actuaciones que se ejecutan diariamente en muchas sedes judiciales de este país, no están uniformemente reguladas, ya que la normativa existente da pie a distintas prácticas judiciales que provocan la existencia de soluciones dispares para casos esencialmente equivalentes. Por mi experiencia personal y teniendo conocimiento de lo que otros compañeros hacen, tales audiencias – o, en su denominación más tradicional, exploraciones judiciales- de niños o adolescentes, pueden practicarse de muy distintas maneras: bien solo en presencia del juez, recogiendo este lo más relevante, según su criterio, de lo que el menor ha expuesto; bien en presencia del juez y del letrado de la administración de justicia, siendo este último el que recoge en acta lo expuesto por el menor; bien en presencia del juez y del ministerio fiscal, siendo el juez el que detalla a su selección lo que el menor ha transmitido; bien en presencia del juez, del ministerio fiscal, y del letrado de la administración de justicia, siendo este el que elabora el acta con el resultado de la audiencia... También se opta grabar la audiencia la menor, prescindiéndose así de la presencia del letrado de la administración de justicia, pudiendo realizarse solo ante el juez o también ante el ministerio fiscal. Incidir aquí que si se pretende que el ministerio fiscal esté presente en tal exploración o audiencia- lo que no solo es deseable sino acorde con la doctrina constitucional-, lo ordinario es que se practique tal audiencia o exploración en el mismo día de la vista, siendo la regla general que se haga con antelación al inicio de la vista, aunque cierto es que hay compañeros que la practican una vez celebrada la vista. En fin, como se puede apreciar, existen una variedad de soluciones en la práctica de la materia.

Lo que sí está asumido como principio es que las partes o personas interesadas no estén presentes en tal audiencia ni que tampoco formalicen previamente a tal audiencia posibles preguntas a plantear al menor –hablando aquí solo del ámbito civil-.

Lo relativo acerca de cómo hacer el traslado a las partes o interesados del resultado de tal

exploración o audiencia, también admite variaciones: bien se les da acceso al acta redactada por el letrado de la administración de justicia o bien se les explica por parte del juez antes del inicio de la vista lo que el menor ha manifestado o bien se les explica en la misma sentencia o auto lo que el menor ha dicho o bien tienen acceso a la grabación de la comparecencia del menor.

Es decir, también es bastante común que las partes no disfruten de acceso directo a las expresiones del niño, adolescente o del joven, circunstancia que choca con una justicia digitalizada en la que la regla general es la grabación de los actos orales que se desarrollan en presencia judicial, y con una justicia en la que las partes dispongan de toda la información vertida en el proceso que les pueda afectar porque resulte determinante de la decisión judicial. Digo información porque, formalmente, la audiencia del menor no se califica como tal, sino que, siendo estrictos, se trata de un derecho del menor, el derecho a ser oído, aunque pueda llegar a tener más peso que cualquier prueba de cara a la decisión judicial final, siendo un claro elemento de convicción judicial.

En el proceso penal, el modo de oír a los menores implicados en un asunto – como testigos o víctimas, ya en la fase de instrucción y fase de juicio oral- es más precisa legalmente hablando, al igual que el acceso de las partes al contenido de esa declaración (principalmente **artículos 449bis, 449 ter, 707 de la LECrim**, introducidos este por la disposición final de la LO 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, en vigor a partir del 25 de junio de 2021). Sin pretender una equiparación o equivalencia entre el proceso penal y el proceso civil y la situación del menor en cada uno de aquellos, equiparación que, obviamente, no es posible, sí incidir en que el acto material de cómo escuchar a un menor y del acceso de las partes a lo que el menor ha dicho debería ser objeto en el campo civil de una regulación más completa y uniforme, con la finalidad de conjugar sensatamente el derecho del menor a ser oído respetando su intimidad y el derecho de las partes o interesados a conocer y a rebatir, si es que a su derecho conviene, lo que el menor manifiesta.

No cabe duda que en nuestro ordenamiento civil el menor tiene derecho a ser oído – incluso, en ocasiones, a consentir en la decisión que se vaya a adoptar-; o, debe ser oído, en función de las circunstancias, en aquellos asuntos que le afecten de algún modo; así se reflejan en distintos artículos de nuestras leyes más importantes, ya en el **Código Civil** (artículos 92, 94, 154, 156, 158, 159, 161, 172.ter.3, 173.2, 177), en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** ( artículos 770.4º, 778.bis. 4º y 6º, párrafo tercero, 777, 778.quinquies, 8º, 780.1), en la **Ley de la Jurisdicción Voluntaria** (artículos 18, 25, 26 quinquies, 30, 36,37, 42.4, 45.2, 45.4, 2º pº; 45.5, 2º pº; 49, 50, 51.2, 52.2. , 55, 64); o en la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero** ( artículos 9, 26.3); o en la **Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia** ( artículo 11).

Es clara en este punto la línea de nuestro alto tribunal, siendo ilustrativa a este respecto la **STS, Sala de lo Civil, nº 984/2023, de fecha 20 de junio de 2023**, pudiendo concluirse que, la regla general, es el derecho del menor a ser oído, incluso siendo menor de 12 años de edad - en este caso, siempre y cuando este sea lo bastante maduro-.

Las condiciones en las que un menor debe ser oído están desarrolladas, principalmente, en el **artículo 9 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero**, que nos ofrece una guía acerca de la ejecución de tal audiencia, así *“...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”. Y, sigue el redactado del siguiente modo “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”. Concluye el punto tercero del mencionado artículo que “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”.*

En el artículo puede apreciarse que no se excluye la grabación de la audiencia del menor, solo se impone que tal audiencia o comparecencia del menor se realice de *forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo*, incidiendo el propio artículo en que la ejecución de la comparecencia se lleve a cabo con *pleno respeto a todas las garantías del procedimiento*.

Otro artículo que también apunta al cómo debe ser esa audiencia del menor es el **artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, cuando dispone que “... *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*”, de modo que da pie a excluir de tal audiencia a todo aquel cuya presencia pueda ser valorada como interferencia, aunque sigue sin precisar si tal comparecencia debe ser grabada o no, si debe ser recogida en acta o no, si es el Letrado de la Administración de justicia quien debe redactar el acta o si es el propio juez quien debe elaborar un informe de lo que el menor haya dicho, si en el acta debe plasmarse solo lo dicho por el menor o también las preguntas que se le han formulado, si las partes pueden formalizar preguntas previamente a la audiencia para que estas se formulen por el juez...

También de la ley de enjuiciamiento civil destacar, en cuanto al modo de ejecución de la comparecencia o audiencia del menor, el **artículo 778.quinquies.8**, que dispone “*Antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada. En la exploración del menor se garantizará que el mismo 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 fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar*”. De tal artículo se extraen dos reglas que, aun estando previstas para un supuesto de hecho muy concreto (restitución de menores), podrían ser aplicadas como reglas generales en los procesos civiles contenciosos, dado que, al fin y al cabo, se trata de artículos de la ley procesal común, así: que el menor debe ser oído por el Juez y en presencia del Ministerio Fiscal y que debe hacerse separadamente, al margen de la vista que se prevé para solventar la controversia.

Referir también el **artículo 18 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria**, cuya redacción original en su **apartado 2. 4º**, motivó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona que dio lugar a la

**Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional nº 64/2019 de 9 de mayo de 2019** que tuvo por objeto principal establecer las pautas de una correcta relación entre el derecho a la intimidad del menor y el derecho de defensa letrada en la práctica de la audiencia y del traslado del resultado de esta a las partes. Con posterioridad a esta sentencia, el artículo sufrió una modificación en su redactado, que es tal y como sigue en relación a lo que aquí se está tratando: **“artículo 18. Celebración de la comparecencia. ...2. La comparecencia se sustanciará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades:...** 2.ª **El Juez o el Secretario judicial, según quien presida la comparecencia, oirá al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga, y podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. Se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles. ...4.ª 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. Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días. ... En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en 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. ... 6.ª El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.**

De este artículo cabe extraer las siguientes reglas: **1)** la comparecencia se ejecutará según las reglas del juicio verbal previstas en la ley de enjuiciamiento civil, salvo las especialidades que prevé el artículo; **2)** en la comparecencia pueden ser oídos aquellos cuyos derechos e intereses pueden verse afectados por la resolución del expediente; **3)** si la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria afectara a intereses de un menor de edad se podrá acordar que la audiencia del menor se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal; **4)** del resultado de la audiencia del menor se levantará acta del Letrado de la Administración de Justicia expresando datos objetivos del desarrollo de la audiencia reflejando las manifestaciones imprescindibles y estrictamente relevantes para la decisión del expediente, cuidando de preservar la intimidad del menor; **5)** el acta de la audiencia del menor deberá ser trasladada a las partes, para su conocimiento y para que aleguen lo que estimen pertinente; **6)** el desarrollo de la comparecencia se hará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

También cabe extraer de este artículo que: **1)** el mismo está previsto para la actuación en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de modo que, su traslado al procedimiento contencioso, no es exigible; **2)** la comparecencia o audiencia o exploración del menor parece que no tiene porqué practicarse, dependerá de la decisión del juez, del ministerio fiscal o del letrado de la administración de justicia, y, de practicarse, tampoco se impone en el artículo que se practique

por separado, ya que también dependerá de la decisión que a este respecto adopte el juez o el letrado de la Administración de justicia; **3)** se impone que el resultado de la comparecencia o audiencia o exploración se plasme o formalice de algún modo al margen de la motivación que sobre la misma deben realizar el Juez y el Ministerio Fiscal, de ahí que, como mínimo y en todo caso, se haga hincapié en la necesaria acta del Letrado de la Administración de justicia con el necesario traslado a las personas interesadas; **4)** la regla general es la grabación de la comparecencia y la aplicación como norma supletoria genérica de la Ley de Enjuiciamiento Civil; **5)** no se excluye la grabación de la comparecencia o audiencia o exploración del menor.

Visto el panorama legal civil, quizás debería plantearse por el legislador competente, la introducción de una normativa que trate de modo global, preciso y coherente la práctica de la audiencia al menor de edad y el papel de las partes y/o personas interesadas en aquella, pudiendo plasmarse en la ya existente **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero** al disfrutar esta ley de una proyección general susceptible de aplicación en todo aquel proceso en el que un menor deba ser escuchado, o, claro está, en la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, norma procesal común. Sin ser lo mismo un proceso contencioso de familia que un expediente de jurisdicción voluntaria, la audiencia de un menor de edad es materialmente lo que es: escuchar a un menor. Y sin ser lo mismo ser persona interesada en un expediente de jurisdicción voluntaria que ser parte en un proceso contencioso de familia, el traslado de lo que el menor ha dicho a esa persona interesada o esa parte, debería estar garantizado de modo que permita a aquella conocer, de la manera más fiel posible, lo que el menor ha narrado.

Sí parece, en todo caso, que de la normativa existente se desprenden unos principios que guían la práctica de la audiencia del menor: **1)** el menor debe ser escuchado si tiene al menos 12 años – esta cifra se reitera una y otra vez en los diferentes artículos reseñados del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil- o, si siendo menor a tal edad, tiene la suficiente madurez; **2)** el menor debe ser escuchado en presencia del Ministerio Fiscal, tal y como la doctrina del Tribunal Constitucional impone y que se recoge también como necesaria en algunos de los artículos referidos; **3)** el menor debe ser escuchado separadamente, evitando interferencias, de modo que las partes o personas interesadas no tendrían que estar presentes; **4)** las partes deben tener acceso a lo que el menor ha manifestado.

De la normativa vigente no se desprende ningún obstáculo para que la comparecencia del menor sea grabada, en aplicación del principio general recogido en el **artículo 147 de la LEC**, de modo que esa debería ser la regla general: grabación de la audiencia del menor. Obviamente, la práctica de la audiencia en sí debe hacerse acorde a las circunstancias del menor, respetando su intimidad, formulando las preguntas adecuadas y en tono adecuado. Una exploración de un menor puede ejecutarse atrozmente, y, para colmo, no dejar rastro comprobable de que, efectivamente, se ha ejecutado atrozmente, de ahí que, la grabación de la audiencia debiera ser considerada una garantía de que el ejercicio del derecho del menor a ser oído ha sido correcto. El respeto a la intimidad del menor debe desplegarse en la ejecución de la audiencia (algo en lo que incide el Tribunal Constitucional en la sentencia del año 2019 reseñada), más que en cómo se plasme el resultado de la misma, aun siendo esto también relevante. Además, tan importante en la práctica de audiencia es lo que el menor o el joven manifiesta como las preguntas que se le formulan o no se le formulan o qué gestos realiza o cómo se sienta. Pensar que un juez, o un letrado de la administración de justicia o un fiscal son infalibles a la hora de tratar al menor, de seleccionar las preguntas o de reflejar las respuestas, de establecer el necesario diálogo, es poco menos que ilusorio, de ahí que, entendida como una garantía del derecho del menor a ser oído, la grabación de la audiencia del menor deba convertirse en la regla legal general. También debería ser la regla general el traslado de la grabación la audiencia del menor a las partes. Es entendible que el menor se sienta incómodo con el hecho de que sus padres u otras personas interesadas en el asunto (un abuelo, por ejemplo) lleguen a conocer la literalidad de sus

manifestaciones, pero hay que transmitir al menor que lo que él diga o deje de decir no es más que la consecuencia del acto origen: que sus padres mantienen una controversia, y que, de eso, él no tiene culpa alguna, como tampoco va a ser responsable de lo que informe el ministerio fiscal o decida el juez. Por otra parte, el hecho de que existan padres que puedan represaliar, aun levemente, a su hijo por no haber manifestado este lo que ellos querían que manifestara, no puede suponer privar a la audiencia del menor de una garantía de documentación fehaciente como es la grabación; aparte de que, además, se estaría perjudicando a aquellos que en aras a defender su legítimo interés solo pretenden conocer lo que el menor ha depuesto. En todo caso, podría decidirse para supuestos excepcionales y en defensa del interés superior del menor – principio pilar en el ámbito aquí examinado, así lo reitera la **LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**-, con motivación de tal decisión, que, además de grabar la audiencia, se levantara acta por el letrado de la administración de justicia recogiendo, bajo su criterio, el contenido sustancial de aquella, acta que es la que sería objeto de traslado a las partes, posibilidad que tendría amparo en el **artículo 147** de la ley de enjuiciamiento civil. La grabación de la audiencia siempre estaría disponible para que, llegado el caso, un órgano judicial superior pudiera conocer de primera mano las manifestaciones del menor, excluyendo así una repetición de tal exploración ante el órgano de apelación.

No finalizar este breve artículo sin señalar que el correcto desarrollo de la audiencia del menor mejoraría si se contara con espacios adecuados para la realización de la audiencia al menor, si se dispusiera de una agenda de señalamientos lo bastante desahogada para que tales audiencias pudieran llevarse a cabo con tiempo bastante, si se contara con expertos suficientes que ayudaran o sustituyeran al juez – en casos excepcionales- en la ejecución de la audiencia, o si se fomentara la especialización deseable que permitiera al juzgador y al ministerio fiscal cumplir con esta delicada tarea.