

LA ORALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN LA DILIGENCIA DE EXPLORACIÓN DEL MENOR EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma operada por la ley 15/2005¹ ha sido la modificación de las reglas que disciplinaban la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio².

Por primera vez en la legislación que afecta a la ruptura de la pareja de progenitores se prescinde del imperativo para oír a los menores de más de 12 años o menores de esa edad con suficiente juicio, lo que da lugar a que se configure ese examen más como un derecho que como una obligación, en armonía con lo preceptuado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del menor, especialmente en su artículo 9 que proclama en su apartado 1) el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social³. Con casi diez años de retraso el artículo 92.2 del Código Civil (también afectado por la reforma de 2005) configura la audiencia como un derecho del menor eliminando su tradicional carácter inexorable, ocupándose los artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de desarrollar tal novedoso planteamiento manteniendo el carácter preceptivo de la audiencia a los hijos menores, cuando se está ante un

¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

² Aunque al legislador no le debió de parecer un aspecto especialmente importante, puesto que no le dedica ni una línea de su Exposición de Motivos.

³ El artículo 9 dispone que: “1. *El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.-En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.- 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.- No obstante cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio 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.- 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos.”*

proceso de separación judicial o divorcio contencioso y, como regla general, prescindiendo de ella⁴ cuando el proceso es de mutuo acuerdo⁵.

Además y frente a la ausencia de norma alguna en orden al modo en que dicha exploración debía llevarse a cabo⁶, se establecen unas mínimas previsiones que disciplinan su realización, lo que ha venido a homogeneizar la práctica de nuestros Juzgados y a introducir una conveniente seguridad jurídica. Sobre este punto será, precisamente, sobre el que centraremos nuestros comentarios toda vez que se trata de una diligencia que discurre bajo la vigencia del principio de oralidad pero que sin embargo y como expondremos a continuación, experimenta algunas matizaciones de importancia en otros principios estructurales que normalmente van unidos al anterior (señaladamente el de publicidad) y que repercute también en modo particular en cuanto a la forma de constancia de la diligencia y/o el modo de recoger su práctica.

Emplearemos los términos “audiencia del menor” y “exploración del menor” como sinónimos. No desconocemos, sin embargo, la existencia en el “*usus fori*” de una tendencia a emplear el primer término cuando se acuerda en un proceso consensual y, el segundo, en uno contencioso, quizás en atención al empleo que de ambos se hace en los arts. 777.5 y 770.4, respectivamente. Es más, podría incluso afirmarse que consultando las acepciones de ambos vocablos (audiencia /exploración) en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, el significado que se da del primero define de forma bastante aproximada el concepto jurídico de audiencia del menor como aquel acto en el que la autoridad judicial en el curso de un proceso oye a un menor para que el mismo exponga, reclame o solicite lo que le interese en relación con la adopción de una decisión que ha de afectarle, resaltando el papel activo que toma el menor en la diligencia (se trata de oír lo que éste quiere decir, exponer o reclamar). En cambio extrapolando el concepto médico de “exploración” al mundo jurídico tendríamos aquel acto en virtud del cual un tribunal examina a un menor,

⁴ Excepción hecha de aquellos casos en que *se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*, según reza el art.777.5 LEC que repite los términos manejados en el reformado artículo 92.6 del Código Civil.

⁵ Es pacífica la solución a seguir cuando de proceso consensual se trata y ha de aplicarse, por tanto, lo prevenido por el reformado apartado 5 del art.777. Sin embargo y tratándose del proceso contencioso, con ser mayoritaria la opinión que afirma el carácter imperativo de la audiencia derivada de la lectura del art.770.4^a, cabe otra interpretación posible en atención a que este apartado no fue afectado por la reforma de 2005 y se halla en contradicción con lo prevenido en el art.92.6 del CC que sí fue en cambio reformado. Sobre ello, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coordinador), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Valladolid, 2005, pp.350-356.

⁶ Lo que había sido objeto de crítica por la doctrina. Vid., por ejemplo, PÉREZ MARTÍN, J., “Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos matrimoniales”, en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, con APARICIO AUÑÓN, E., CRESPO ALLUÉ, F., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Valladolid, 2001, pp.207-208.

entrevistándole, para conocer su opinión y deseo sobre un tema que le afecta, destacando en él (frente al de audiencia) el papel activo del juez en la diligencia: el juez inquiriere, busca o trata de averiguar la verdadera voluntad del menor y el proceso de formación de la misma⁷.

II. MODO DE PRACTICAR LA AUDIENCIA O EXPLORACIÓN DEL MENOR

Tras la promulgación, en 2000, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina había alertado de la ausencia de previsión alguna sobre el modo de efectuar la audiencia o exploración de menores a que se hacía referencia en distintos preceptos del texto.

Como advertía PÉREZ MARTÍN⁸, es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de que los menores puedan ser testigos, incluso los que aún no han alcanzado los catorce años, si a juicio del tribunal poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente. Pero la exploración de menores no es una prueba testifical, y por tanto no le son trasladables las disposiciones que regulan esta última, estando más próximo a un reconocimiento judicial de personas, previsto en el artículo 355 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sin que le sean de aplicación muchos de los extremos desarrollados en los artículos 353 a 359 que disciplinan este medio de prueba, singularmente, las relativas a la asistencia e intervención de las partes. Ésta y otras especialidades que a continuación veremos se explican en atención a que la persona sobre la que se proyecta el reconocimiento es un menor con derecho a ser oído antes de adoptar decisiones que le afectan en su esfera personal y/o familiar.

Tal ausencia de previsiones había dado lugar a que, en la práctica, el modo de llevar a cabo esta audiencia variase de un órgano jurisdiccional a otro, con los graves inconvenientes que esta falta de armonía provoca y la inseguridad jurídica que, en definitiva, crea.

La reforma operada en el artículo 770.4^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la adición de un nuevo párrafo que establece una serie de garantías mínimas en cuanto al modo de practicar esta audiencia, supone un paso importante, aunque insuficiente, para hacer frente a la anomia legislativa denunciada. Y es consecuencia de una enmienda transaccional a la número 15 del Grupo Parlamentario catalán en el Senado, que sin recoger los aspectos más novedosos y discutibles que ésta proponía⁹ (toma de declaración directamente y en todo caso por un experto y no por el Juez; exploración seguida no sólo por el Juez sino

⁷ Así GONZÁLEZ DEL POZO, J.C. “El reconocimiento judicial. La audiencia o exploración de menores”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E., coordinador, *Los procesos de familia: una visión judicial*, Madrid, 2007, p.458.

⁸ PÉREZ MARTÍN, J., “Las medidas previas...” cit., pp.207-208.

⁹ Concretamente y en lo relativo al modo de practicar la exploración se proponía lo siguiente: “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles, se les tomará declaración a través de un experto, al que el Juez, el Ministerio Fiscal y las partes, previamente facilitarán las preguntas.- La exploración será seguida por el Juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de vídeo y podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto.- Se grabará en soporte audiovisual para su valoración”.

también por las partes a través de un espejo unidireccional o de circuito de vídeo; grabación de la diligencia) se hizo eco de la necesidad de marcar unas reglas que aseguraran el respeto al “interés del menor”¹⁰.

Dicha norma, en primer término, impone al Juez la obligación de garantizar que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para salvaguarda de sus intereses, lo que se muestra en armonía con la previsión general contenida en el artículo 92.2 del Código Civil de que el Juez vele por los intereses del menor y con la propia Ley Orgánica 1/1996 de Protección del menor.

Dispone además este nuevo párrafo que dicha exploración se llevará a cabo sin interferencias de “otras personas”, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Con ello no hace sino recoger la mejor práctica existente sobre este punto, que pese a la falta de previsión legal venía entendiendo que dicha audiencia sólo debía llevarse a cabo en presencia del Juez, del Secretario Judicial y del Fiscal.

Naturalmente, y aunque la nueva redacción del artículo no mencione expresamente al Secretario, su presencia deviene necesaria por la aplicación de la norma general contenida en el artículo 453.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que le reconoce, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial¹¹, debiendo dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.

Es clara la exclusión de las partes en esta audiencia, exclusión que, naturalmente, no debe alcanzar al Ministerio Fiscal dado el principio de imparcialidad que preside su actuación según proclama el artículo 7 de su Estatuto Orgánico y su misión de defender exclusivamente la legalidad los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley (artículo 2.1 EOMF), además

¹⁰ Concepto jurídico indeterminado en cuya aplicación subyace la concepción del niño/a como sujeto de derecho, lo que determina una nueva posición del mismo en el ámbito judicial cuando se ha de tomar una decisión que le incumbe, y que en el ámbito del derecho de familia supone la obligación de tener en cuenta su opinión de los menores (GOIRIENA LEKUE, A., “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, en *Diario La Ley*, número 6823 de 19.11.2007). El sistema de determinación del interés del menor en el ordenamiento jurídico español es el denominado de *cláusula general*, en cuyo caso, corresponde a los operadores jurídicos concretar el interés en cada caso, a diferencia de los sistemas de lista, propios de los países anglosajones, donde se prevé un repertorio de situaciones que se consideran en interés del menor. Esta técnica permite un gran margen de discrecionalidad a los juzgadores en la aplicación del mismo. En contrapartida, se considera que en tanto concepto jurídico indeterminado, es susceptible de producir inseguridad jurídica (RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp.57-59).

¹¹ Proclamada, en similares términos en el artículo 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre su alcance, me remito a mis Comentarios a este precepto contenidos en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida y coordinada por LORCA NAVARRETE, A.M. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V, Valladolid, 2000, tomo I, pp.942 y ss.

de su preceptiva intervención en los procesos matrimoniales siempre que alguno de los interesados sea menor (artículo 749.2 LEC).

En esta línea la Circular 1/2001 (“Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”) de la Fiscalía General del Estado prescribe que el Ministerio Fiscal habrá de tomar parte en la exploración de los hijos menores o incapacitados “pues la formación del criterio correcto sobre el interés del menor exige un contacto y comunicación directa con el mismo, en una comunicación fluida y personal”¹². Y claramente la sentencia del Tribunal Constitucional número 17/2006, de 30 de enero (Sala 1ª, Ponente ARAGÓN REYES) al estimar el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de apelación por no haber permitido su presencia en la exploración practicada en esa instancia a petición de una de las partes, afirma la necesidad de su intervención y declara la nulidad de la diligencia considerando que no basta, como hizo la Audiencia, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de aquélla para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art.24.1) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de los menores, sino que es necesario permitir su intervención en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias (FJ.5.VIII)

En cuanto a la forma en que ha de desarrollarse la exploración, es conveniente no perder de vista que deberá acercarse más a una entrevista que a un interrogatorio, para lo cual se hacen precisas determinadas condiciones a fin de general una empatía entre el entrevistador y el entrevistado que posibilite que ambos se encuentren a un nivel idóneo¹³. Se deberá emplear un lenguaje ajustado a la edad y grado de madurez del menor, que le resulte comprensible, para procurar que narre de forma natural y sin interrupciones aquellos hechos o circunstancias que sean de interés para la adopción de la medida que afecte al menor¹⁴, prescindiéndose, desde luego, del uso de la toga.

Del precepto que examinamos se desprende la preferencia del legislador porque sea directamente el Juez (y también el Fiscal, en atención a lo expuesto más atrás y pese a que no se le mencione) quien lleve a cabo la entrevista, confiando en que dada su experiencia en estas situaciones sea capaz de generar el clima de confianza y seguridad al menor suficiente para que tenga éxito.

¹² Así se afirma en el apartado VII.4.B *in fine*. La práctica de nuestros Juzgados no arroja mucha luz sobre esta cuestión pues si bien mientras en algunos la exploración se practica en su presencia, en muchos otros se prescinde de la misma sin que resulte claro si las razones que justifican una u otra solución sean meramente dotacionales en atención a los medios personales con que cuenten las respectivas Fiscalías.

¹³ Así lo hacía notar, bastantes años atrás, MUÑOZ SABATÉ, LL. (*El proceso matrimonial*, op.cit., p.66).

¹⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El reconocimiento judicial...” cit., p.462.

La presencia de especialistas, entre los que podría contarse con miembros del Equipo Técnico Judicial, sólo se prevé excepcionalmente, cuando resulte necesario recabar su auxilio por el Juez, limitación que puede explicarse en atención a que el grado de intimidación del menor puede ser mayor cuantos más sujetos estén presentes en la audiencia. No obstante lo cual, no debe olvidarse que en ocasiones la intermediación de alguno de estos profesionales en la entrevista a mantener con el menor puede ser altamente eficaz para dirigir adecuadamente las preguntas y conseguir que el menor se muestre más tranquilo y sea más espontáneo en sus respuestas brindando al Juez un importante recurso para conseguir el éxito de la diligencia. En tales casos lo normal será que su función se limite a “preparar el terreno”, esto es, a entablar un diálogo previo con el menor y preparatorio de la exploración propiamente dicha, explicándole los motivos de su presencia en el juzgado en forma inteligible de acuerdo a su edad y circunstancias personales creando un clima de confianza que le impulse a hablar y a responder a aquéllas cosas por las que se le pregunte¹⁵. Cabe también la posibilidad de que sea el especialista quien formule las preguntas en presencia del Juez o bien incluso, y en circunstancias excepcionales, que sólo esté aquél presente, presenciando el Juez el desarrollo de la diligencia a través de circuito cerrado de vídeo o de un espejo unidireccional en una habitación contigua si se considera necesario para que el menor no se sienta intimidado por su presencia.

Evidentemente, la restricción de la audiencia a los sujetos indicados supone su práctica a puerta cerrada, como permite con carácter general y para determinados supuestos el artículo 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶ y refrenda específicamente, para los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el artículo 754. El legislador, en el reseñado art. 754 LEC, claramente parte de la base de que en tales procesos especiales por afectar a la esfera más íntima de las personas, la reserva de las actuaciones debe tener una mayor operatividad; de ahí que en estos supuestos no se precise que concurra alguna de las causas previstas con carácter general en el art. 138.2 LEC para justificar la restricción a la publicidad, bastando simplemente que las circunstancias así lo aconsejen. Para subrayar aún más la flexibilidad con que pueden acordarse restricciones a la publicidad desde el punto de vista formal, tal declaración no precisará auto, sino que puede acordarse mediante simple providencia, que como tal, no precisa de motivación.

Subsisten sin embargo numerosos interrogantes en cuanto al modo de practicar la audiencia que la reforma ha dejado sin respuesta.

Nada se dice sobre el empleo de medios de grabación de imagen y sonido, previstos con carácter general en el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para registrar las actuaciones orales en vistas y comparencias. Su eventual aplicación suscita serias dudas tanto respecto a su conveniencia desde un punto de

¹⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El reconocimiento judicial...” cit., p.464.

¹⁶ Respecto a este precepto y su relación con el posterior artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, me remito a mis comentarios al “Artículo 138”, en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida y coordinada por LORCA NAVARRETE, A.M. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Valladolid, 2000, tomo.I, pp.879 y ss., especialmente p.889.

vista práctico, dada su virtualidad para restar espontaneidad a la declaración del menor¹⁷ como, y lo que es más importante, desde el punto de vista del respeto a los principios que deben presidir esta diligencia. No olvidemos que los derechos y el interés del menor rigen en esta materia y que la norma contenida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, al señalar que “en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, “cuidando de preservar su intimidad”, en línea con lo previamente dispuesto en su artículo 2 indicando que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir”, elevando dicho interés a categoría de principio rector en la actuación de los poderes públicos en el artículo 12, son difícilmente conciliables con el empleo de técnicas de grabación¹⁸. A este respecto conviene además recordar que durante la tramitación de la ley de reforma y en el Senado se formuló una enmienda al respecto por el Grupo Parlamentario Catalán¹⁹ proponiendo, entre otras cuestiones, que la diligencia se grabara en soporte audiovisual para su valoración, lo que fue rechazado por la Cámara.

Como se recoge en la Circular 1/2001 relativa a la “Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”, anteriormente citada, resulta indudable que entre las causas que pueden justificar la negativa a la documentación filmada de un determinado acto procesal se han de incluir todas aquellas que permiten la exclusión de la publicidad de la audiencia. Así, si la publicidad de las actuaciones —que tiene el rango de derecho fundamental en tanto que el artículo 24.1 de la Constitución consagra el derecho de las partes a un proceso público— puede ser limitada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por motivos de orden público, de protección de la seguridad nacional en una sociedad democrática, de salvaguarda de los intereses de los menores, protección de la vida privada de las

¹⁷ Como advierte PÉREZ MARTÍN (“El procedimiento contencioso de separación, divorcio y nulidad”, en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva cit., p.208) “no podemos dejar a un lado que si el menor sabe que le están grabando no será tan espontáneo y quizás no diga todo lo que siente por miedo a que la grabación sea luego visionada por los padres”.

¹⁸ A ello se añade, como se recoge en la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado (apartado IV, el artículo 158 del Código Civil que permite al Juez, adoptar de oficio o a instancia de parte, aquellas disposiciones que estime oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios así como los artículos 12 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, que establecen que la protección del menor se realizará mediante la prevención, disminución y reparación de los factores de riesgo que incidan en la situación personal y social del menor y de su familia.

¹⁹ Se trataba, concretamente, de la número 15 [cuyo texto puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) Serie II, de 26 de mayo de 2005, núm.14 (c)] que proponía añadir en el apartado 4º del artículo 770 tres nuevos párrafos que determinaran el modo de llevar a cabo las exploraciones de menores, tratando de conjugar el interés del menor (efectuándose el interrogatorio mediante un experto) con las exigencias de inmediación y de contradicción de las partes (garantizadas a través del empleo de medios audiovisuales).

partes, o, en definitiva, por la concurrencia de especiales circunstancias apreciadas por el Tribunal, no debe caber duda de que, al menos, esas mismas razones deben servir para justificar que se limite la documentación del acto a la forma escrita, y ello, en tanto que la actividad de documentación, siempre que permita a las partes obtener la constancia suficiente de lo actuado para asegurar su derecho de defensa, lo cual se cumple ya sea realizada en una u otra de las formas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene menor rango procesal que la publicidad de los debates a que se refiere el artículo 120 de la Constitución.

En atención a lo expuesto es opinión común y práctica generalizada en nuestro Juzgados y Tribunales no efectuar grabaciones de imagen y sonido de las exploraciones de menores²⁰.

Nada se dice tampoco respecto a la forma de constancia de la práctica de esta diligencia, cuestión que había sido criticada por la doctrina advirtiendo que mientras en unos Juzgados el acta refleja nada más que la realización del acto; en otros, se incluyen las manifestaciones del menor²¹, lo que tiene su importancia si tenemos en cuenta que las decisiones del Juzgado pueden ser revisadas por la Audiencia en apelación²².

Es claro que ha de dejarse constancia en los autos de la práctica de la exploración mediante acta extendida por el Secretario judicial dado el inexcusable deber de documentar las actuaciones orales y atendido además el art.187 LEC que impone tal forma de documentación cuando la grabación de la vista no pudiere realizarse por cualquier causa (supuesto al que es equiparable aquél en que se acuerda prescindirse de la grabación para la protección del interés del menor). Como también lo es que el artículo 358 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que del reconocimiento judicial se levantará “acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal”. Sin embargo, y como apunta LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, el acta de esta diligencia debería ser sucinta, porque ha de ser tónica general en los procesos matrimoniales que los niños estén lo más alejados posible de las controversias entre los

²⁰ Algo expresado con total claridad en las Conclusiones del Primer Encuentro de Jueces y Abogados de Familia de celebrado en Madrid del 17 al 19 de noviembre de 2003: 13ª “Se destaca la utilidad de la grabación con la excepción de la exploración de menores y de incapaces”.

²¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Las reformas legales que nos esperan”, en *Actualidad del Derecho de familia y sucesiones*, obra colectiva de la Asociación española del Derecho de Familia, Madrid, 2005, pp.59-60.

²² Consúltese a este respecto, la obra de PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona*, Valladolid, 2000, donde se recogen diversas sentencias que ponen de manifiesto la relevancia que puede llegar a alcanzar la entrevista del menor en la determinación de la guarda y custodia (v.gr. Sección 12ª, 5.10.1999), especialmente cuando se alcanza una cierta edad y un grado de raciocinio y conocimiento significativo (v.gr. Sección 12ª, 19.01.2000), aunque sin implicar necesariamente el que la decisión judicial haya de basarse necesariamente en los deseos de los hijos, máxime cuando sean de corta edad (v.gr. Sección 12ª, 4.03.2000).

progenitores, y difícilmente ocurrirá esto si se refleja en la diligencia todo lo que realmente ha ocurrido en ella²³.

El problema resulta de la necesidad de conciliar debidamente el interés del menor con los intereses de las partes en el proceso matrimonial a la hora de determinar la amplitud del contenido del acta de exploración y su eventual traslado a las partes. Y es que un acta excesivamente parca puede causar indefensión a las partes que ven cómo se les hurta el conocimiento y valoración del resultado y les impide ejercer debidamente del derecho de defensa, al tiempo que en caso de recurrirse la sentencia obligará al tribunal de apelación al practicar una nueva exploración al menor ya que desconocerá casi por completo el resultado de la practicada en primera instancia al haberse sustraído de su ponderación un elemento probatorio que puede resultar decisivo para la resolución del recurso.

De ahí el difícil equilibrio que ha de guardarse entre los intereses en juego y que exige que las actas, sin llegar a recoger con total literalidad las manifestaciones del menor, sí deban reflejar en todo caso la esencia de lo manifestado, a fin de respetar el derecho de defensa de las partes al tiempo que permitan su eventual valoración en segunda instancia, sin necesidad de practicar una nueva exploración²⁴.

Íntimamente unida a esta cuestión se encuentra la del acceso de los interesados al contenido de las resoluciones dictadas en estos procesos.

En la Instrucción 1/2007 sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores se daba cuenta de la recepción en la Fiscalía General del Estado de la recomendación del Defensor del Pueblo para que el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las competencias que le son propias adoptara “las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombres, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación”²⁵. Y se advertía de que estas posibles perturbaciones a la intimidad de los menores pueden generarse

²³ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *El proceso matrimonial de común acuerdo. Guía práctica y jurisprudencia*, 4ª ed., adaptada a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2000, p.132. Buen exponente de esta postura es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc.22ª, de 5.02.1999 que con base en el superior interés del menor considera que “...no es exigible, y a veces se ofrece como absolutamente contraproducente, el reflejo documental en los autos de las manifestaciones del menor, bastando al efecto una mera diligencia acreditativa de haberse llevado a cabo la exploración, sin ninguna otra mención a su contenido”.

²⁴ Sobre las distintas posturas que se mantienen sobre el contenido y extensión del acta, vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El reconocimiento judicial...”, cit., pp.469-472.

²⁵ La recomendación se realizaba tras haberse comprobado, después de una investigación impulsada por el Defensor del Pueblo y ejecutada por el Ministerio Fiscal, que en numerosos Juzgados se seguía la práctica contraria, esto es, la publicación por medio de edictos de las resoluciones con los datos identificativos completos de los menores afectados.

no solamente por la publicación de la resolución por medio de edictos sino también por otras formas de dar publicidad, entre las que se encuentran la expedición de certificaciones o exhibición de autos a interesados.

Pues bien en tales casos y con fundamento en el art. 235 LOPJ y en el art. 2.2 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre (actuaciones en archivos) y 234 LOPJ, 140 LEC y 5 Reglamento 1/2005 (actuaciones en tramitación) en procesos en los que se resuelva sobre aspectos relativos a la vida familiar de los menores habrá de entenderse que la necesidad de preservar la intimidad de los mismos puede erigirse en legítimo límite frente al derecho de información de los interesados, bien entendido que estas restricciones derivadas de la declaración de reserva de las actuaciones no alcanzan a las partes del proceso, sino sólo a terceros, como ha sido ha sido enfáticamente subrayado por la jurisprudencia menor, en atención a la necesaria preservación del derecho de defensa de las partes²⁶.

²⁶ V.gr. sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 6ª, nº 113/2006, de 15 de marzo, y auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sec. 1ª, nº 9/2004, de 21 de enero, citadas en la referida Instrucción 1/2007.