

La audiencia
del menor en crisis
familiares: el interés
superior del menor
como principio rector

RAQUEL BORGES BLÁZQUEZ

Índice General

	<i><u>Página</u></i>
PRÓLOGO	17
ABREVIATURAS.....	21
INTRODUCCIÓN: REINTERPRETANDO EL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES EN LA SOCIEDAD DE LA INMEDIATEZ, LA GLOBALIZACIÓN Y LO EFÍMERO.....	23
 CAPÍTULO I	
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ÁMBITO FAMILIAR: UN CONCEPTO LÍQUIDO	33
I. La familia: un concepto en continua evolución	33
1. <i>El concepto de familia en la legislación: anomia nacional y regulación supranacional</i>	36
2. <i>La ruptura del núcleo familiar: un modelo de familia cada vez más extendido</i>	38
2.1. Estadísticas de rupturas familiares	39
2.2. El riesgo de revictimización del menor por parte del sistema judicial.....	42
II. El interés superior del menor.....	47
1. <i>Desarrollo normativo del concepto.....</i>	50
2. <i>Vertiente procesal del principio: el derecho a ser oído</i>	53
2.1. Desarrollo normativo internacional.....	54
2.2. Desarrollo normativo nacional.....	55

III. La denegación del derecho del menor de edad a ser escuchado en crisis familiares: un estudio jurisprudencial multinivel	62
1. <i>Tribunales supranacionales</i>	64
1.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	64
1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	67
2. <i>Jurisdicción española</i>	70
2.1. Tribunal Supremo	71
2.2. Tribunal Constitucional	74
2.3. Audiencias Provinciales	81

CAPÍTULO II

LA AUDIENCIA DEL MENOR DE EDAD EN LAS CRISIS FAMILIARES

I. La función de la prueba en el proceso civil	85
1. <i>La prueba en el siglo XXI: avances científicos y falibilidad del sistema</i>	88
2. <i>Especialidades de la prueba en procesos de familia</i>	92
2.1. Preclusión de los medios de prueba: su reinterpretación a la luz del interés superior del menor	94
2.2. Competencia a propósito de la LO 1/2025: la Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia	96
3. <i>La declaración de los hijos: ¿fijación de hechos o de sentimientos?</i>	98
3.1. La testifical del mayor de edad	99
3.2. La declaración del menor de edad	100
II. La audiencia del menor: ¿medio de prueba o derecho del niño a ser oído?	102
1. <i>La naturaleza jurídica de la audiencia según nuestra jurisprudencia</i>	105
2. <i>Forma de realización: cuestiones controvertidas</i>	108

	<i>Página</i>
2.1. La participación del LAJ en las audiencias de los menores	109
2.2. La escucha a los menores en separaciones y divorcios consensuados	111
2.3. El momento de la práctica de la audiencia del menor	113
2.4. A propósito de la STC 64/2019: la documentación de las actuaciones y el contenido del acta	114
III. Espacios de escucha al menor	117
1. <i>La escucha del equipo psicosocial</i>	<i>118</i>
1.1. El equipo psicosocial: psicólogos y trabajadores sociales	120
1.2. Los informes y dictámenes del equipo psicosocial...	122
1.3. ¿Puede el informe del equipo psicosocial sustituir la audiencia del menor ante el juez?: la práctica forense	124
2. <i>A propósito de la LO 1/2025 y la introducción de los MASC: reflexiones sobre la escucha al menor en mediación familiar .</i>	<i>130</i>
 CAPÍTULO III	
LA VULNERABILIDAD DE LOS MENORES DE EDAD COMO PRINCIPIO INTERPRETADOR EN EL PROCESO	137
I. La vulnerabilidad de los menores de edad y el derecho de las partes al <i>due process</i>	137
1. <i>Ponderación de derechos: artículo 24 CE vs artículo 18 CE..</i>	<i>140</i>
1.1. Interés superior del menor	143
1.2. Derecho de defensa	144
2. <i>La obligación de motivar</i>	<i>149</i>
2.1. La motivación en procesos de familia	150
2.2. A modo de propuesta-ficción: la motivación del sorteo	152
II. La vulnerabilidad de los menores de edad en casos de violencia no denunciada	159
1. <i>Las medidas del artículo 158 CC en casos de violencia de género</i>	<i>160</i>

	<i><u>Página</u></i>
2. <i>Una vez más, el riesgo del empleo de términos científicos por parte de la judicatura española</i>	162
3. <i>A propósito de la LO 1/2025: la especialización, ¿solución y problema?</i>	166
III. La vulnerabilidad en el proceso y la búsqueda de la reducción del impacto de la participación de los menores en el proceso.	169
1. <i>Inexistencia de normativa específica: el principio del interés superior del menor como cajón de sastre</i>	170
1.1. La audiencia del menor y el valor de su voluntad: ¿cómo actuar cuando su voluntad va en contra de su propio interés?	172
1.2. La cámara Gesell y su ¿viabilidad? en las crisis familiares	180
2. <i>A modo de propuesta de lege ferenda: la grabación de la audiencia del menor de edad realizada en un entorno amable</i> ..	182
2.1. La videoconferencia	182
2.2. El juicio de racionalidad y su interpretación por el Tribunal Constitucional	184
2.3. Empleo subsidiario de la grabación ante el posible error humano: errores en apreciaciones y sesgos del juzgador	185
2.4. El necesario apoyo de otros profesionales en la toma de decisiones	188
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA	193
I. Doctrina.	193
II. Jurisprudencia	206

Capítulo II

La audiencia del menor de edad en las crisis familiares

SUMARIO: I. LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. 1. *La prueba en el siglo XXI: avances científicos y falibilidad del sistema.* 2. *Especialidades de la prueba en procesos de familia.* 2.1. Preclusión de los medios de prueba: su reinterpretación a la luz del interés superior del menor. 2.2. Competencia a propósito de la LO 1/2025: la Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia. 3. *La declaración de los hijos: fijación de hechos o de sentimientos.* 3.1. La testifical del mayor de edad. 3.2. La declaración del menor de edad. II. LA AUDIENCIA DEL MENOR: ¿MEDIO DE PRUEBA O DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO? 1. *La naturaleza jurídica de la audiencia según nuestra jurisprudencia.* 2. *Forma de realización: cuestiones controvertidas.* 2.1. La participación del LAJ en las audiencias de los menores. 2.2. La escucha a los menores en separaciones y divorcios consensuados. 2.3. El momento de la práctica de la audiencia del menor. 2.4. A propósito de la STC 64/2019: la documentación de las actuaciones y el contenido del acta. III. ESPACIOS DE ESCUCHA AL MENOR. 1. *La escucha del equipo psicosocial.* 1.1. El equipo psicosocial: psicólogos y trabajadores sociales. 1.2. Los informes y dictámenes del equipo psicosocial. 1.3. ¿Puede el informe del equipo psicosocial sustituir la audiencia del menor ante el juez?: la práctica forense. 2. *A propósito de la LO 1/2025 y la introducción de los MASC: reflexiones sobre la escucha al menor en mediación familiar.*

I. LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

El objeto del derecho procesal es la regulación de «las condiciones y formas del procedimiento establecido para restablecer el derecho infringido y las condiciones, formas y efectos de los actos procesales» siendo, consecuentemente, instrumental respecto del derecho sustantivo. En otras palabras, las normas procesales existen para garantizar la aplicación de las normas sustantivas y sin las normas procesales, las normas sustantivas serían ineficientes.¹ Como apunta

1. ALEGRET BURGUÉS, María Eugenia, «Especialidades procesales del derecho de familia en Catalunya: doctrina del Tribunal Superior de Justicia», en PICÓ I JUNOY, Joan; ABEL

ORTELLS RAMOS, sin proceso no se puede juzgar, porque ante la ausencia de proceso obtener una sentencia correcta sería cuestión de aleatoriedad, llegando el autor a comparar el resultado con un juego de azar. En este sentido, «la relación funcional entre el proceso y el Derecho material obliga a regular jurídicamente aquel, delimitando los poderes del juez y de las partes, para que el Derecho material pueda tener, a través del proceso, una aplicación igual en casos iguales».²

Siguiendo a CALAZA LÓPEZ, «(L)a Jurisdicción es única y puede asociarse a la protolengua o lengua madre de la que se desprenden, con autonomía e independencia, lenguas hijas tan dispares como la civil, la penal, la contencioso-administrativa o la laboral. Todas tienen un tronco común: su pertenencia a una misma rama, estirpe o familia jurisdiccional, lo que nos permite encontrar, entre ellas, ciertas similitudes, analogías o, mejor aún, paralelismos; pero su crecimiento, desarrollo y maduración justifican, a partir de un determinado momento, su desintegración respecto de aquel tronco común, para afrontar —con individualidad propia— las controversias a las que deben hacer frente». Continúa la autora refiriendo que estas «distintas lenguas jurisdiccionales» deben construir, desde su propio ámbito, un sistema de justicia que sea garantista, eficaz y eficiente pues «cada conflicto será resuelto con un sistema procesal propio que ha venido depurándose reforzando su individualidad a lo largo de los años».³ En este sentido, el propio proceso civil, en sus procesos especiales recogidos en el Libro IV (Capítulos III y siguientes), incluye los procesos de familia que, a pesar de pertenecer a un tronco común, tienen sus propias especificidades en la práctica de la prueba.

La actividad probatoria desempeña un papel esencial en el proceso.⁴ Sin embargo, pese a ser una de las instituciones más importantes del proceso, carecemos de una definición de prueba porque la doctrina se encuentra dividida y, manteniendo la esencia del concepto, difieren en sus características. Aunque fueron los autores clásicos los que sentaron las bases que emplean los autores actuales para definir la prueba, el concepto ha ido evolucionando junto con la evolución de las sociedades.⁵ GÓMEZ COLOMER sintetiza la prueba afirmando

LLUCH, Xabier (dirs.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch, 2018, p. 467.

2. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 3, 1985, p. 454.
3. CALAZA LÓPEZ, Sonia, «¿Es la prueba civil una garantía de veracidad?», en GONZÁLEZ GRANDA, Piedad; DAMIÁN MORENO, Juan; ARIZA COLMENAREJO, María Jesús (dir.) *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Colex, 2022, p. 251.
4. Realizo un estudio detallado sobre el concepto de prueba en BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *Prueba preconstituida, vulnerabilidad y derecho de defensa*, op. cit.
5. JAMARDO LORENZO, Andrea, *La preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Trabajo Final de Grado, 2016, p. 10.

que «probar es decidir que unos hechos son acordes con la realidad».⁶ Encontramos una definición metafórica de la prueba en GUASP DELGADO, quién la denomina «sistema respiratorio» del proceso porque la prueba es «lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que este desempeñe eficazmente su función».⁷ MONTERO AROCA recalca su importancia en una frase: no es suficiente con tener razón, hace falta demostrarlo si queremos obtener un resultado favorable a nuestros intereses, definiéndola como la «actividad posterior para confirmar las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones».⁸ Por su parte, CALAZA LÓPEZ la denomina «actividad procesal —con categoría de derecho fundamental— encauzada a demostrar, ante el Juez legal predeterminado por la Ley, la veracidad o falsedad de las alegaciones fácticas controvertidas sobre las que se sustentan las pretensiones —actora o defensiva— de las partes, bajo los principios de publicidad, oralidad, contradicción, concentración e inmediación».⁹ En este sentido, ORTELLS RAMOS indica que la garantía de contradicción «comprende (...) el derecho a influir en el resultado del proceso mediante la prueba». No obstante, el reconocimiento constitucional del derecho a la contradicción no implica que el legislador ordinario no pueda regular su ejercicio y sus modalidades.¹⁰

Comparto con MONTERO AROCA que, aunque la función tradicional de la prueba iba dirigida a la búsqueda y descubrimiento de la verdad, y así lo manifestaba la doctrina de los siglos XIX y XX, para comprender la verdadera función de la prueba debemos dejar de lado cuestiones metafísicas, físicas o históricas y «asumir que el proceso responde a toda una serie de principios en su conformación que son tan importantes como el de la búsqueda de la verdad a la hora de conformar los hechos de la sentencia». Consecuentemente, «la función de la prueba no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse en los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios y reglas que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción».¹¹

En esta línea, extrae CALAZA LÓPEZ cinco notas esenciales de la definición de prueba: 1) El derecho a la práctica de la prueba es un auténtico derecho fundamental de naturaleza procesal (artículo 24 CE); 2) La prueba existe en

6. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La prueba. Aspectos comunes», en *Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 220.
7. GUASP DELGADO, Jaime, «La prueba en el proceso civil español», *Revista de la Universidad de Oviedo*, núm. 6, 1944, p. 22.
8. MONTERO AROCA, Juan, «La prueba. Nociones generales (I)», en *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 216.
9. CALAZA LÓPEZ, Sonia, «¿Es la prueba civil una garantía de veracidad?», *op. cit.*, p. 253.
10. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil», *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2010, p. 411.
11. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, 2007, p. 44.

tanto en cuanto existe el proceso y no es válida la prueba realizada al margen del proceso; 3) La prueba se dirige a un juez con jurisdicción, 4) La prueba versa sobre hechos conflictivos, contradictorios o controvertidos porque ni los pacíficos ni los notorios requieren de prueba, solo de aplicación del derecho y 5) La prueba se practica bajo el principio de inmediación del juez legalmente establecido.¹² Consecuentemente, «la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser solo afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes, si todo se reduce a que mediante estos se trata de verificar aquellos, si los medios de prueba han de practicarse precisamente del modo previsto legalmente y si no todo vale para llegar al descubrimiento y comprobación de los hechos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal».¹³

1. LA PRUEBA EN EL SIGLO XXI: AVANCES CIENTÍFICOS Y FALIBILIDAD DEL SISTEMA

La prueba testifical, incluida la denominada confesión judicial, fue la prueba reina, pero la jurisprudencia actual ha atemperado su exaltación y ya no tiene una posición privilegiada.¹⁴ Los avances científico-técnicos nos han mostrado otras pruebas mucho más fiables. En este sentido, comparto con ETXEBERRIA GURIDI, han proliferado diligencias y pruebas de carácter tecnológico y científico con altos porcentajes de fiabilidad y, consecuentemente, las testificales y declaraciones de las partes han quedado en segundo plano.¹⁵ Como refiere SÁNCHEZ RUBIO, una de las pruebas de carácter científico más precisas es la prueba de ADN, con más del 99% de fiabilidad, reemplazando a la prueba testifical como «la prueba reina».¹⁶ Pero estos avances científicos también han mostrado lo falible que resulta nuestro sistema procesal ante las falsificaciones tecnológicas. En este sentido, apunta LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, «(R)esulta cada vez más frecuente que las pruebas que se presentan ante los Tribunales partan de un soporte digital a través de sistemas de mensajería instantánea o de redes sociales, siendo de todo punto imprescindible demostrar en

12. CALAZA LÓPEZ, Sonia, «¿Es la prueba civil una garantía de veracidad?», *op. cit.*, pp. 253-255.

13. MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 111.

14. PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, pp. 134-135.

15. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, «Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes y ¿posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul)», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 328.

16. SÁNCHEZ RUBIO, Ana, «El uso del test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 18, 2016, p. 19.

sede judicial la veracidad de las comunicaciones que se aportan por las partes»¹⁷.

Por lo que a la prueba en procesos de familia respecta, podemos enumerar conversaciones mantenidas por distintos canales como *WhatsApp*, *Instagram*, *Facebook*, correo-e, etc. que pueden ser introducidas como documentos electrónicos¹⁸ en soporte de documentos públicos (firmados electrónicamente por funcionarios que puedan dar fe, como el LAJ) o a través de acta notarial. El problema estriba en que ambos funcionarios públicos dan fe de la existencia del documento, no de su manipulación.¹⁹ El riesgo de manipulación de las pruebas fue objeto de recurso en la STS 300/2015, de 19 de mayo de 2015,²⁰ y, tres años y dos meses después, el TS tuvo que matizar sus afirmaciones y, en cierto modo, autocorregirse, en la STS 375/2018, de 19 de julio de 2018,²¹ consecuencia de

17. LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes, «La ciberviolencia de género: nuevas formas de victimización», en DE HOYOS SANCHO, Montserrat; PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, 2023, p. 419.
18. Definido en el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre.
19. GÓMEZ CONESA, Adrián, «El papel de WhatsApp y redes sociales en el proceso penal del Siglo XXI», *Diario La Ley*, núm. 9858, 2021.
20. «Respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por Ana María con Conancio a través del Tuenti, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido. Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario» STS 300/2015, de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2047).
21. «No es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción *iuris tantum* de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad —por la existencia de sospechas o indicios de manipulación— se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba. En el presente caso, no hay razones para mantener una duda al respecto. En primer lugar, porque la propia víctima pone a disposición del Juez de Instrucción su teléfono móvil, del que directamente se consultan y transcriben los mensajes por el Letrado de la Administración de Justicia. Este, como indica la sentencia recurrida, realiza una transcripción, que obra al folio 19 y

la ingente cantidad de impugnaciones de «pantallazos» de *WhatsApp*. Con esta nueva sentencia, afirma el Tribunal que no debemos establecer una presunción *iuris tantum* de falsedad de la prueba aportada y que, en el caso de impugnación, debe haber sospechas o indicios de manipulación.²² Con la eclosión de las aplicaciones de Inteligencia Artificial (IA), nuestra Justicia debe confrontar el riesgo de falsificación de pruebas producidas con aplicaciones de IA, que nos presentan como si de pruebas legítimas se tratase contenidos audiovisuales engañosos o directamente falsos.²³ Además, aunque nos parezca poco creíble, es más fácil manipular un documento electrónico que físico.²⁴ Al respecto, la figura del testigo *online*²⁵ debiera servirnos para arrojar un poco de luz entre tanta oscuridad.²⁶ La sombra de la manipulación trae consigo inseguridad jurídica «tanto por la complejidad técnica de este tipo de pruebas, como por la novedad y constante aparición de nuevas plataformas de comunicación que exigen la constante adaptación de nuestros jueces y tribunales al tener cada una de ellas peculiaridades propias». ²⁷ Pero no solamente será necesaria la formación en nuevas tecnolo-

siguientes del Tomo II de la causa en instrucción, y en ella se recoge íntegramente el contenido de los mensajes cruzados, el teléfono donde se encuentran y aquel del que proceden, que es número NUM000. Además, el uso de este número es atribuido a la acusada. Con todo ello, se garantiza, en primer lugar, que si las conversaciones hubieran llegado a ser cuestionadas en cuanto a su origen y/o contenido se hubiera podido asegurar su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial; y, en segundo lugar, la forma y modo en que los mensajes se obtuvieron despeja cualquier duda sobre tales extremos, que no surgen por el mero hecho de que el recurrente indique que pudieron haber sido objeto de manipulación o que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, ya que se trata de argumentos puramente retóricos y no sustentados en un indicio mínimamente objetivo sobre que ello hubiera sucedido así» (STS 375/2018, de 19 de julio de 2018) (ECLI:ES:TS:2018:2949).

22. Para más información: LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes, «La ciberviolencia de género: nuevas formas de victimización», *op. cit.*, pp. 424-425.
23. BELLO SAN JUAN, Patricia, «La inteligencia artificial al servicio del crimen: La revolución del *deepfake* desde una perspectiva criminológica», en FONTESTAD PORTALÉS, Leticia, *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI*, Colex, 2023, p. 236.
24. LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes, «La ciberviolencia de género: nuevas formas de victimización», *op. cit.*, p. 419.
25. «Los testigos online permiten certificar evidencias digitales en una fecha y hora determinada, o lo que es lo mismo, el contenido de una web concreta en un momento determinado, o el envío de un correo electrónico a una persona específica. Para ello, este tipo de herramientas basan su funcionamiento en el uso de firmas digitales para acreditar de manera inequívoca una prueba. De esta forma, cualquier clase de prueba tomada permitirá acreditar su integridad, al contrario de lo que sucede con las capturas de pantalla o cualquier otro método similar en el que no interviene una entidad de confianza, y que no permiten demostrar su autenticidad, ya que han podido ser manipuladas». <https://www.incibe.es/ciudadania/blog/testigos-online-y-obtencion-de-pruebas-te-explicamos-su-utilidad>
26. La página web del Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) refiere que pueden ser útiles «para tener evidencias sobre un uso indebido de fotografías o vídeos publicados en una web o red social sin permiso, pero también para demostrar casos en los que el usuario recibe amenazas, injurias, calumnias o es víctima de una suplantación de identidad en una red social».
27. LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes, «La ciberviolencia de género: nuevas formas de victimización», *op. cit.*, p. 419.

gías de nuestra judicatura, también profesionales en la materia que puedan asesorar en calidad de peritos. El derecho, al igual que otras disciplinas, va varios pasos por detrás y no existe doctrina consolidada en la materia, «pero debe pensarse, que lo que ha cambiado es el formato, la buena doctrina permanece en el tiempo».²⁸ Siendo así, la carga de la veracidad del medio de prueba recaerá sobre la parte interesada que lo introdujo.²⁹

Frente a la existencia de nuevos medios de constituir prueba y la mala prensa actual de la prueba testifical, por considerar la mente humana falible en el recuerdo, cabe plantearse si las nuevas tecnologías relegarán definitivamente la prueba testifical a la categoría de anecdótica. La psicología ha estudiado el poder de los recuerdos y conforme pasa el tiempo estos se alejan de la verdad material o real. Los testigos olvidan detalles del hecho y su cerebro suma nuevos detalles al unir los sentimientos que le causó el hecho sobre el que le preguntan.³⁰ «El indicio cognitivo (el recuerdo) se deteriora transcurrido un plazo de tiempo, y se reconstruye cada vez que el testigo (...) recuerda los hechos, con la posibilidad de que contamine con información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otros».³¹ En este sentido, sería cuestión de poner, una vez más, en la balanza la revictimización que trae consigo la práctica de la prueba testifical tal cual la conocemos y los resultados que obtenemos con esta.³² En palabras de PICATOSTE BOBILLO, «la prueba testifical, en general, ha sido vista con cierta desconfianza. En otras palabras, no ha gozado de muy buena prensa procesal. Muy probablemente sea ello debido al conocimiento y experiencia sobre la falibilidad de la memoria humana. Siendo así, debe alertarnos lo que supone que decisiones de enorme trascendencia en la vida de las personas puedan descansar sobre pilares de firmeza tan relativos como el testimonio extraído de la persona humana».³³ Si los perjuicios son mayores que los resultados, debemos replantearnos el modo en que escuchamos a los menores y cómo las nuevas tecnologías pueden reducir la revictimización que todo proceso trae consigo.

28. CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, «Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general», *Diario La Ley*, núm. 8718, 2016, p. 3.

29. ARMENTA DEU, Teresa, «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 27, 2018, pp. 67-79.

30. SOTOCA, Andrés; MUÑOZ, José Manuel; GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L., «La prueba preconstituída en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica», *La Ley Penal*, núm. 102, 2013, p. 4.

31. *Ibidem*

32. Por todas: STS 1207/2016, de 16 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1207): «El interrogatorio de las partes, si bien hace prueba contra su autor, no es un medio probatorio superior a las demás, de forma que su eficacia queda condicionada al resultado de las demás pruebas».

33. PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, p. 161.

Hace medio siglo alertaba DÖHRING que la testifical requería, *per se*, de un sano escepticismo.³⁴ Al respecto, PICATOSTE BOBILLO nos previene del riesgo de la difusa idea de que los juzgadores «están investidos de ciertas habilidades o conocimientos psicológicos que les llevan a valorar las declaraciones de los testigos por signos externos como los titubeos, sonrojos o balbuceos» aludiendo que las reglas de la sana crítica no se le deben aplicar al testigo, sino a la declaración, porque el juzgador no dispone de una formación psicológica para valorar estos signos del lenguaje y esto deriva en errores derivados de los prejuicios de cada época.³⁵ Pero, a pesar de los avances científicos, seguimos contemplando impasibles «la soledad del juez o jueza en la toma de decisiones jurídicas que exceden de los elementos propios del derecho e introduce elementos de la sociología y psicología, para los que no se está preparado»³⁶.

En esta línea, como tendré ocasión de apuntar, considero que el juzgador del siglo XXI debe ayudarse de otros profesionales para la práctica de las pruebas. Por lo que respecta a las entrevistas con menores de edad, psicólogos y/o sociólogos son profesionales formados en la ciencia de la psique y las interacciones humanas a diferentes niveles. Tras el interrogatorio, la capacidad de juzgar y ejecutar lo juzgado permanecerá siempre en manos del juzgador, que podrá separarse del criterio del profesional de la psicología o sociología si considera que su informe contradice el resto de las pruebas y así lo motiva. Así, comparto con MONTERO AROCA, «no se trata de volver, por un camino diferente, a la distinción entre verdad material y verdad formal, sino de considerar que solo puede tenerse certeza cuando desde las actuaciones, en las que se han respetado el principio de legalidad, pueda cualquiera persona razonable concluir que se dieron los elementos suficientes para, por lo menos, poder decir que una afirmación de hecho puede ser tenida como probada».³⁷

2. ESPECIALIDADES DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE FAMILIA

Siguiendo a MONTERO AROCA, «hay algunos casos en los que los tribunales civiles pueden decidir los asuntos de modo diferente a los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte».³⁸ Pese a ser los procesos de familia procesos civiles, no rige plenamente el principio dispositivo pues su objeto son cuestiones de orden público (en este sentido, el estado civil, los alimentos y las medidas relativas a los menores de edad, cuestión que estu-

34. DÖHRING, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 93.

35. PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, p. 184.

36. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa», en *Género y Derecho Penal* (dir. José Hurtado Pozo), Instituto Pacífico, 2017, pp. 142-143.

37. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 53.

38. *Idem*, p. 571.

diamos en este trabajo). En el resto de cuestiones que pueden ser objeto de estos procesos, y que no son de orden público, rige plenamente el principio dispositivo.³⁹ La cuestión de los principios no es un asunto baladí debido a que «los principios no se refieren solo a la forma, sino que atienden a la concepción política de lo que debe ser el proceso civil».⁴⁰ Así, los jueces de familia, en aras de las funciones constitucionalmente atribuidas por el artículo 39 CE para proteger jurídicamente a la familia, actúan de oficio en atención a la indisponibilidad y el carácter público del bien tutelado en un proceso civil donde rige el principio de oficialidad.⁴¹

Respecto de los procesos no dispositivos, afirmaba MONTERO AROCA, «el humilde abandono de la verdad y la consciente asunción de la certeza lleva a definir la prueba en nuestro Derecho positivo como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos».⁴² Los medios de prueba en procesos matrimoniales, ende, no dispositivos, se rigen por principios distintos de los empleados en los procesos dispositivos.⁴³ En este sentido, el artículo 216 LEC:

«Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

En aquellos casos en los que los tribunales civiles deciden los asuntos de modo diferente a los principios de oportunidad, dispositivo y aportación de parte, «estamos entonces ante los llamados con claro desacierto, procesos no dispositivos (a veces también denominados inquisitivos)».⁴⁴ Si bien la doctrina no es pacífica respecto de la participación del LAJ, sí lo es en cuanto a la presencia preceptiva del MF siendo que su falta de asistencia puede provocar una nulidad de las actuaciones y vulneración de la tutela judicial efectiva, sentido en el que ya se ha pronunciado nuestro TC.⁴⁵

39. PUBLICACIONES LA LEY, *Procesos de familia y acciones civiles*, 2023, p. 556.

40. MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 13.

41. SERRANO HOYO, Gregorio, «Sobre la indisponibilidad de las medidas adoptadas en procesos de familia como criterio determinante de su ejecutividad inmediata y otras consecuencias procesales», en GONZÁLEZ GRANDA, Piedad; DAMIÁN MORENO, Juan; ARIZA COLMENAREJO, María Jesús (dir.) *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Colex, 2022, pp. 889.

42. MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 116.

43. PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, p. 129.

44. MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 116.

45. STC 17/2006, de 30 de enero de 2006 (BOE núm. 51, de 01 de marzo de 2006).

Como indica ARANGÜENA FANEGO, «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 de su preceptiva intervención en los procesos matrimoniales siempre que alguno de los interesados sea menor (Artículo 749.2 LEC)». ⁴⁶ Se pronuncia en el mismo sentido la Fiscalía General del Estado (FGE) en su circular 1/2001, indicando que para formarse un criterio sobre el ISM es necesaria una comunicación directa, fluida y personal con el menor. En el mismo sentido, la STC 17/2006, de 30 de enero de 2006, ⁴⁷ que estima el recurso de amparo interpuesto por el MF por no haber estado presente en la exploración del menor y, consecuentemente, declara la nulidad afirmando que no es suficiente informar al MF del acta para entender cumplida la garantía del menor a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE. El MF, como garante de los intereses del menor, debe participar en la exploración para oír e interrogar a los menores personalmente.

2.1. Preclusión de los medios de prueba: su reinterpretación a la luz del interés superior del menor

Una de las características diferenciales de los procesos de familia es la preclusión de los medios de prueba, pues «esa indisponibilidad de lo que es objeto del proceso inevitablemente ha de tener repercusión en el ámbito del proceso» ⁴⁸. El artículo 752.1 LEC, «(L)os procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, **con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento**» (la negrita es propia), constituye un «precepto de excepción» desde la perspectiva de los artículos 216 y 282 LEC. ⁴⁹ Se aleja así el artículo 752 LEC del régimen de preclusión de las alegaciones que, en los procesos dispositivos, se concentra en demanda, contestación, reconvención y oposición a esta, sin perjuicio de las alegaciones complementarias de la audiencia previa, o de los hechos nuevos o de nueva noticia (artículos 286, 400.2, 412 y 426 LEC). Consecuentemente, encontramos en el artículo 752 LEC una verdadera excepción del régimen procesal ordinario de los juicios declarativos justificada por las particularidades del derecho sustantivo que constituye su objeto. Se modifican, por tanto, las reglas básicas de la pre-

46. ARANGÜENA FANEGO, Coral, «La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales», en ORTELLS RAMOS, Manuel, CARPI, Federico, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2009, pp. 160-161.

47. STC 17/2006, de 30 de enero de 2006 (BOE núm. 51, de 01 de marzo de 2006).

48. PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, p. 130.

49. *Ibidem*.

clusión de alegaciones, de la conformidad, así como de la fuerza probatoria del interrogatorio de partes y de documentos públicos y privados reconocidos.⁵⁰ Del mismo modo, es posible la prueba anticipada ya sea a proposición de parte o, incluso, acordada de oficio si esta es considerada «pertinente y útil al objeto del procedimiento».⁵¹

MONTERO AROCA⁵² y PICATOSTE BOBILLO interpretan este artículo refiriendo que la expresión «*de otra manera*» contenida en el texto del artículo «no puede comprender la posibilidad de aportación de hechos por el juez en la medida que ello supone alterar las bases mismas de lo que es un proceso, una aportación de hechos por el juez comportaría la asunción por este de un cometido que es propio de las partes; en rigor, no podría hablarse de proceso».⁵³ Por tanto, el precepto muestra la laxitud en el momento preclusivo de aportación de la prueba, pero siempre por las partes, tanto en primera como en segunda instancia.⁵⁴ En el mismo sentido, ABEL LLUCH, permitir que el juez introduzca pruebas rompería con el principio dispositivo y por tanto, el artículo 725 LEC no autoriza al juzgador a introducir los hechos, pero sí a tomar en consideración hechos que han sido introducidos tras la práctica de la prueba o que resultan nuevos.⁵⁵

Observamos cómo nuestra jurisprudencia mayor interpreta del mismo modo el momento de preclusión probatoria en la STS 809/2023, de 21 de febrero de 2023:⁵⁶

«En efecto, comoquiera que las relaciones y comportamientos humanos no son estáticos, sino dinámicos, no pueden ser ignorados acontecimientos ulteriores u otros hechos que afecten a la resolución del caso, so pena de vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Es, por ello, que cabe, en estos juicios del Libro IV de la LEC, el acopio y consideración judicial de nuevos datos trascendentes para tomar la decisión que sea más adecuada en la delicada misión de velar por los intereses preferentes de los menores» (la negrita es propia).

50. Artículo 752.2 LEC: «La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos».

51. Artículo 752.1 *in fine*.

52. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 585.

53. PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones a propósito de las pruebas de interrogatorio de partes y de testigos en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, p. 131.

54. Artículo 752.3 LEC: «3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia».

55. ABEL LLUCH, Xabier, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch, 2005 p. 187.

56. STS 809/2023, de 21 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:809).

En el mismo sentido se había pronunciado previamente la STS 705/2021, de 19 de octubre de 2021:

«(E)llo significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado».⁵⁷

Siguiendo esta línea argumentativa, podría afirmarse que no existe un momento para solicitar la audiencia del menor, porque, aunque no es una prueba *per se*, ante la falta de regulación propia, colmamos sus lagunas asemejándola a las diligencias que resultan más similares.

2.2. Competencia a propósito de la LO 1/2025: la Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia

Denomina CALAZA LÓPEZ a la justicia civil de familia como la «(J)usticia nuclear por excelencia de la sociedad (por destinarse, precisamente, a resolver y, en lo posible, «pacificar» las relaciones más íntimas, estrechas y vertebradoras de las personas: las que afectan a su salud física y mental, a su voluntad vital, a sus familiares o personas unidas por análogos lazos de afectividad, a sus menores, mayores, ausentes e, incluso a su seres queridos más vulnerables) está fragmentada, adolece de una irracional dispersión normativa y, además, es incompleta». Continúa la autora cifrando la causa de la fragmentación de esta Justicia en lo que denomina de «incomprensible trasvase de los distintos procesos de familia, sin la menor unidad, orden ni concierto, a cada una de las dos modalidades de una misma jurisdicción civil».⁵⁸

Aunque los juzgados de familia datan su origen en la reforma del CC, fruto de la Ley 30/1981 y el Real Decreto 1322/1981 que la desarrolla, en sus inicios se crearon en las capitales con mayor población y esta especialización no se expandió a todo el territorio nacional como estaba previsto. La consecuencia fue un sistema asimétrico donde coexisten juzgados especializados con juzgados genéricos de primera instancia o primera instancia e instrucción que, además tratan asuntos de familia.⁵⁹ El Libro Blanco de la Justicia de 1998 del CGPJ de Propuestas para la Reforma de la Justicia⁶⁰ refiere la necesidad de órganos judi-

57. STS 705/2021, de 19 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3863).

58. CALAZA LÓPEZ, Sonia, «Cinco retos esenciales de la imprescindible reforma de nuestra moderna justicia civil de familia: unificar, economizar, simplificar, humanizar y transferir», *op. cit.*, p. 25.

59. DE LAMO VELADO, Irene, *La audiencia a menores en los procesos de familia: una revisión jurisprudencial*, *Diario La Ley*, núm. 10703, 2025, p. 5.

60. Ya en el año 1998 afirmaba «mantener una formación al máximo nivel en todo el espectro de la normativa civil y mercantil, y la necesidad de dar mayor seguridad y certeza a las resoluciones judiciales, requiere avanzar en el diseño de especialidades. Parece existir un

ciales especializados en Infancia, Familia y Capacidad en atención al tipo de litigiosidad de este ámbito.

Como indica ORTELLS RAMOS, «los derechos de las personas respecto de la Justicia no son exclusivamente derechos de libertad, sino también derechos a prestaciones del Estado, cuya satisfacción depende del establecimiento de servicios públicos idóneos». ⁶¹ Si bien la necesidad de esta especialización ya se reconoció en la Disposición Final 20⁶² de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, la realidad es que esta modificación de la LOPJ no se realizó en el plazo de un año que establecía la Disposición Final, pero ha venido a corregirse por la LO 1/2025 y la creación de juzgados especializados en familia. En concreto, la nueva redacción del artículo 86, apartados 1⁶³, 2⁶⁴, 3⁶⁵ y 4.⁶⁶

consenso generalizado en las materias de familia, tutelas e incapacitaciones», Libro Blanco de la Justicia de 1998 del CGPJ de Propuestas para la Reforma de la Justicia, p. 73.

61. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil», *op. cit.*, p. 396.

62. «**Disposición final vigésima. Especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales.** 1. En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los siguientes proyectos de ley: a) Un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la citada norma, la especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley. Con este propósito se planteará la inclusión de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. También serán objeto de adaptación, en el mismo sentido, las pruebas selectivas que permitan acceder a la titularidad de los órganos especializados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 312.4 de la citada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. **Del mismo modo, el mencionado proyecto de ley orgánica dispondrá las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad.** b) Un proyecto de ley de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los efectos de establecer la especialización de fiscales en el ámbito de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, conforme a su régimen estatutario. 2. Las administraciones competentes regularán en idéntico plazo la composición y funcionamiento de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia, y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley» (la negrita es propia).

63. «Cuando se estime conveniente, en función de la carga de trabajo, se creará en el Tribunal de Instancia una Sección de Familia, Infancia y Capacidad, que extenderá su jurisdicción a todo el partido judicial».

64. «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá establecer por real decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, con informe favorable de la comunidad autónoma con competencias en materia de Justicia, Secciones de Familia, Infancia y Capacidad que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia».

3. LA DECLARACIÓN DE LOS HIJOS: ¿FIJACIÓN DE HECHOS O DE SENTIMIENTOS?

Difícilmente podremos sostener que en una separación o divorcio los hijos quedan al margen del conflicto de los progenitores. Esta implicación alcanza estándares más elevados en aquellos supuestos en los que no existe acuerdo entre los progenitores. En efecto, en las separaciones y divorcios contenciosos los menores devienen parte implicada en aquellas decisiones sobre las que sus padres litiguen en materia de custodia, visitas, atribución de vivienda, cuantía de alimentos...siendo que la resolución judicial que se adopte en esta materia tendrá una gran trascendencia en la esfera personal y patrimonial de los hijos implicados.⁶⁷

Siguiendo a PÉREZ MARÍN, cuando surge una crisis de pareja, los integrantes o, en defecto, el juzgador, adoptarán medidas que regularán el futuro de sus relaciones personales, patrimoniales y paternofiliales. Estas medidas se adoptan teniendo en cuenta la situación del momento en que se acude al juzgado, pero el paso del tiempo y el devenir de la vida harán que se deba acudir a modificaciones vía artículo 775 LEC.⁶⁸ Algunas medidas se extinguirán automáticamente por el inexorable paso del tiempo, como la patria potestad cuando el menor cumpla la mayoría de edad. En este sentido, la guardia y custodia o el régimen de visitas comparten el mismo destino y la edad, más bien el tiempo, no perdona. Pero también es posible que el paso del tiempo y los caminos de la vida hagan que algunas de estas medidas deban ser modificadas. Por ejemplo, un cambio de empleo que aumenta el salario y, consecuentemente, la pensión de alimentos, un cambio de domicilio, una nueva pareja, etc. El menor va a ser sujeto receptor de estas decisiones de sus progenitores, pero también debe tener un rol activo, por medio de la escucha del menor, para poder transmitir al juzgador su opinión sobre cambiar de comunidad autónoma, de colegio, de régimen de visitas...siendo, como hemos visto en el capítulo anterior, este un dere-

65. «El Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Salas de Gobierno, podrá acordar que, en aquellos Tribunales de Instancia donde no hubiere una Sección de Familia, Infancia y Capacidad y sea conveniente por razón de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en este artículo corresponda a uno de los jueces, juezas, magistrados o magistradas de la Sección Civil, o Civil y de Instrucción que constituya una Sección Única, determinándose en esta situación que ese juez, jueza, magistrado o magistrada conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias».

66. «En los partidos judiciales en que exista un Tribunal de Instancia con Sección Única integrada por una sola plaza judicial, el juez o jueza que la ocupe será quien asuma el conocimiento de los asuntos de familia cuando no se hubiere creado una Sección de Familia, Infancia y Capacidad».

67. PILLADO GONZÁLEZ, Esther; OTERO OTERO, Blanca, «Audiencia del menor en los procesos de ruptura de pareja: ¿es siempre preceptiva?», *op. cit.*, p. 769.

68. PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «El procedimiento de modificación de medidas», en PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier (dir.), *Tratado de Derecho de Familia Vol. 4 La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos*, 4 edición, Lex Nova, 2014, p. 29.

cho a ser escuchado, no a que se cumplan sus deseos. En este sentido, comparto con PILLADO GONZÁLEZ y OTERO OTERO, la importancia del trámite de audiencia del menor «es evidente tanto porque debe escucharse su opinión con carácter previo a la sentencia que le va a afectar directa o indirectamente como por las consecuencias que puede generar en su persona tener que acudir al proceso judicial a manifestar sus deseos, necesidades e intereses sobre cuestiones en las que están enfrentados sus progenitores».⁶⁹

3.1. La testifical del mayor de edad

El hijo mayor de edad, en caso de declarar, no tendría un derecho de audiencia, sino que actuaría como testigo, con las diferencias sustanciales que ambos trámites entrañan. Se presupone que la mayoría de edad le libra del conflicto de intereses y, consecuentemente, de las cautelas que establece el legislador para preservar la paz familiar evitando que los progenitores escuchen directamente cuestiones que podrían empañar su relación con el menor. Pero en la sociedad actual esta afirmación debe, como mínimo, ser analizada de manera cuidadosa antes de aceptarla como cierta. La universalización de una educación de calidad que refiere el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 4 para la promoción de oportunidades de aprendizaje y la consecuente reducción de desigualdades sociales retrasa el acceso al mercado laboral. En otras palabras, estudiando una carrera y un máster las más de las veces los hijos dependen de alimentos de los padres hasta los 25 años.

En la audiencia de hijos mayores o no emancipados, nos encontramos con un trámite que no está previsto en la LEC, pero que sí lo contempla el CC en el caso de separación o divorcio en virtud del artículo 87 CC, que remite al artículo 82.II CC, «(I)gualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar». Así, en la aplicación de esta regla procesal que recoge un código de carácter sustantivo, nos encontramos con la ausencia de trámite previsto en la LEC, ello pese a que ambos códigos se reformaron al mismo tiempo quedando, por tanto, «a la prudencia del Letrado de la Administración de Justicia su cumplimiento, pareciendo que lo más adecuado sea citar al hijo a una comparecencia una vez que los cónyuges hayan ratificado el convenio regulador».⁷⁰ Pero este artículo genera una nueva pregunta sin respuesta: ¿resulta necesario que escuche a los hijos mayores o menores emancipados cuando la competencia, en lugar de al LAJ, corresponda al juez? De nuevo, «ante una laguna más del legislador (...) sería conveniente en la práctica proponer una

69. PILLADO GONZÁLEZ, Esther; OTERO OTERO, Blanca, «Audiencia del menor en los procesos de ruptura de pareja: ¿es siempre preceptiva?», *op. cit.*, p. 770.

70. ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo; BLANDINO GARRIDO, María Amalia; SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo, *Las crisis matrimoniales. Nulidad separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 605-606.

interpretación extensiva que permitiera igual audiencia de los hijos mayores y menores emancipados en uno que otro procedimiento».⁷¹

3.2. La declaración del menor de edad

Como refiere ARANGÜENA FANEGO, aunque en diversos trabajos doctrinales se manejan los términos «audiencia del menor» y «exploración del menor» como sinónimos, la tendencia práctica es la de «emplear el primer término cuando se acuerda en un proceso consensual y, el segundo, en uno contencioso, quizá en atención al uso que de ambos se hace en los arts. 777.5 LEC y 770.4 LEC, respectivamente.»⁷² La audiencia del menor tiene gran importancia en la práctica, pero aunque existe multiplicidad de regulación en diferentes niveles (autonómico, nacional, supranacional e internacional), es una materia controvertida donde observamos falta de consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁷³ Esta falta de consenso se aprecia en las siguientes cuestiones: 1) la naturaleza de la diligencia (medio de prueba o derecho del menor), 2) la documentación del acto (grabación de la exploración o redacción del acta, que, a su vez, deriva en a) sucinta o desarrollada y b) firmada (por el LAJ o por el juzgador) y 3) los criterios para determinar en qué casos el menor debe ser escuchado (la edad y/o la madurez).

Refiere el informe de Defensor del Pueblo que existen diferencias entre «percibir con el oído los sonidos» y «prestar atención a lo que se oye».⁷⁴ En este sentido, el derecho del menor a ser oído es en realidad un derecho a ser escuchado. Es este un «acto procesal atípico» dirigido a conocer el parecer del niño y, consecuentemente «carece de las características propias de los actos de prueba, como la vinculación a la petición de parte con mandato de practicarse incluso de oficio, si el menor cuenta con la suficiente madurez para expresar su opinión; ausencia de la intervención de los letrados y, por lo tanto, sin interrogatorio cruzado».⁷⁵ La exploración no participa de la naturaleza y características de la prueba civil y tiene el ISM como criterio decisorio y de actuación.⁷⁶ Dado que la prueba persigue averiguar la verdad y la audiencia del menor busca conocer su opinión, una opinión no es prueba. En cualquier caso, si se le escucha debe motivarse en sentencia por qué se falla conforme o en contra a lo pedido

71. *Idem*, p. 607.

72. ARANGÜENA FANEGO, Coral, «De nuevo sobre la audiencia o exploración del menor en los procesos matrimoniales», en CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, *Proceso, Eficacia y Garantías en la Sociedad Global*, Atelier, 2013, p. 588.

73. NEIRA PENA, Ana María, «La audiencia del menor en los procesos de familia», en PILLADO GONZÁLEZ, Esther, *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*, Wolters Kluwer, 2020, p. 283.

74. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, 2014, p. 6.

75. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «Otorgamiento de la guardia del menor y elección del sistema de parentalidad en el caso de ruptura de familia», *op. cit.*, p. 80.

76. *Ibidem*.

por el menor. En caso contrario, podría atacarse el deber de motivación de las decisiones judiciales por incongruente o por incompleta. A lo largo del trabajo hemos observado como, en base al ISM, es posible conceder o denegar la audiencia del menor. No es un medio de prueba, pero su denegación puede recurrirse del mismo modo que los medios de prueba (artículos 285.2 y 446 LEC).

En la práctica forense en esta audiencia el menor está a solas con el juzgador y el MF y, además, no se suele grabar. Cuando el proceso civil precisa de normas de *ius cogens*, y el legislador considera que estas deben aplicarse ante un supuesto de hecho, en lugar de convertir al juez en actor atribuye legitimación activa al MF y esto «supone concluir que no existen derechos subjetivos realmente privados, que no existe autonomía de la voluntad para los particulares implicados en la situación jurídica y que estos no tienen disposición alguna de la consecuencia jurídica» y por ello la atribución de la legitimación al fiscal es muy poca y requiere de norma concreta que le confiera legitimación.⁷⁷ En este sentido, ATS 581/2023, «(L)a circunstancia de que los niños y niñas no puedan, por razón de su edad y falta de madurez, defenderse por sí mismos, ni velar por sus intereses, determina que la ley transfiera tal función a las instituciones públicas y privadas para garantizar que aquellos sean debidamente respetados».⁷⁸

Las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una Justicia adaptada a los niños refieren que la audiencia debería realizarse en un «contexto propicio y que inspire confianza». Si descendemos a la realidad nacional, en las normas procesales españolas no encontramos una regulación del procedimiento a seguir. Solo podemos encontrar referencias genéricas sobre que el niño sea escuchado en condiciones idóneas para salvaguardar sus intereses, sin interferencias de otras personas o la necesidad de desarrollar las actuaciones en un entorno adecuado. Estas buenas palabras sin una legislación positiva que las sustente traen consigo diferencias significativas en la práctica que, antes de la reforma de la LOPJ del año 2025, se ampliaban más si diferenciábamos entre juzgados especializados y generalistas. Las buenas prácticas refieren que la declaración debiera tomarse de la forma que menos perjudique al menor. En este sentido, lo ideal sería tomarle declaración al principio de la mañana (para que pueda acudir al colegio con normalidad) y un día diferente al de la vista (para evitarle ser partícipe de la tensión del momento).⁷⁹ En la práctica, no existen medios humanos ni materiales y, por cuestiones de organización de los juzgados, la audiencia del menor se suele realizar el mismo día del juicio unos minutos antes de que comience la vista, con la victimización secundaria que ello conlleva.

77. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 574-575.

78. ATS 581/2023, de 11 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:581A).

79. ARANGÜENA FANEGO, Coral, «De nuevo sobre la audiencia o exploración del menor en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, p. 598.

Menores y mayores percibimos el paso del tiempo de distinta forma siendo que la demora en la toma de decisiones judiciales puede afectar negativamente a la evolución de los menores y debería darse prioridad a estos procedimientos, para finalizarlos en el menor tiempo posible.⁸⁰ En el mismo sentido, las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una Justicia adaptada a los niños. En concreto, la Directriz 118 en relación con las Directrices 50 y 51:

«(C)abe recordar que los niños tienen una percepción del tiempo distinta a la de los adultos y que el elemento temporal es fundamental para ellos: así, por ejemplo, un año de procedimiento en un asunto de custodia puede parecer mucho más largo para un niño de 10 años que para un adulto. El reglamento del tribunal debería permitir establecer un sistema para establecer el carácter prioritario de aquellos asuntos graves y urgentes, o de aquellos asuntos de los que puedan derivarse consecuencias potencialmente irreversibles de no adoptarse medidas inmediatas».

II. LA AUDIENCIA DEL MENOR: ¿MEDIO DE PRUEBA O DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO?

Si bien a lo largo del trabajo hemos afirmado que la audiencia del menor no es un medio de prueba, por ser este el sentir mayoritario de la doctrina, la realidad es que no resulta una cuestión pacífica. En mi opinión, no es un medio de prueba porque no pretende fijar hechos, sino sentimientos del menor. Pero que no sea medio de prueba no significa que no forme parte de la información que recibe el juzgador para tomar su decisión. Al respecto, en tanto en cuanto es información que influirá en el sentido del fallo, considero que debe mantener la misma obligación de motivación que la práctica de la prueba pues, de lo contrario, atacaría al derecho al debido proceso. Comparto con ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, siendo el reconocimiento del derecho del menor a ser oído en los temas que le afectan uno de los grandes avances de la Ley de Protección Jurídica del Menor, perdimos la ocasión de regular las audiencias de menores con la promulgación de la LEC 1/2000, y esto ha traído consigo disparidades en la práctica.⁸¹

Define ARANGÜENA FANEGO la audiencia del menor como «una diligencia judicial por medio de la cual el juez puede o debe, según los casos, oír a los hijos menores o incapaces con sujeción a una especial regulación y efecto de conocer su voluntad real con carácter previo a la adopción de alguna medida que le concierne». Continúa la autora refiriendo que el trámite «cabe en todos los

80. MARTÍNEZ GARCÍA, Clara; DEL MORAL BLASCO, Carmela, *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del menor*, Save the Children, 2017, p. 14.

81. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «La audiencia del menor en el proyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 895, 2014, p. 2.



Aceptar la vulnerabilidad de los menores de edad en el proceso debe traer consigo la búsqueda de la reducción del impacto de su participación. Observamos como el interés superior de los menores, como colectivo vulnerable, transforma, en cierto modo, las normas del proceso. En concreto, la publicidad y la contradicción se ven restringidas en pos de otro interés que debe ser protegido. Pero emplear el interés superior del menor como principio rector no puede obviar otros principios que consideramos básicos en un Estado de Derecho: el derecho de defensa y el derecho a obtener una resolución motivada. No existen parámetros claros ni una exposición detallada sobre cómo debe realizarse la audiencia del menor en los procesos de separación, de divorcio o de medidas de hijos e hijas no matrimoniales, así como de modificación de medidas. Todas estas cuestiones dan lugar a disparidades entre juzgados (actuales secciones) que, en cierto modo, se han tratado de paliar por la jurisprudencia y las juntas de jueces. La seguridad jurídica requiere de una reforma legislativa que garantice una aplicación uniforme del derecho del menor a ser escuchado, reconocido en textos nacionales e internacionales, así como su conjugación con el derecho de defensa.

ISBN: 978-84-1085-541-0

