

PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

La prueba en los procesos de familia

Xavier Abel Lluch

■ LA LEY

PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

■ LA LEY

La prueba en los procesos de familia

Xavier Abel Lluch

© Xavier Abel Lluch, 2019
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: febrero 2019

Depósito Legal: M-6269-2019
ISBN versión impresa: 978-84-9020-647-8
ISBN versión electrónica: 978-84-9020-648-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Xavier ABEL LLUCH
Magistrado
Doctor en Derecho

del debate, así como la mejor observancia del principio de contradicción, aconseja que el juzgador espere a que hayan interrogado los respectivos letrados y, si las respuestas son oscuras, imprecisas o ambiguas, ejerza su facultad de solicitar aclaraciones y adiciones, pero nada impide que ejerza tal facultad cuando lo estime oportuno, no existiendo —salvo el aludido criterio de prudencia judicial— una norma que constriña a la formulación de aclaraciones y adiciones por el juez a un momento procesal determinado del interrogatorio.

d) Acordar la incomunicación de los declarantes (art. 310 LEC), superando la limitación existente en la derogada legislación (art. 590 LEC 1881), que circunscribía tal facultad a la petición de parte. A tal efecto el legislador prevé unas innominadas «*medidas necesarias*» (art. 310 LEC), que en la práctica forense se traducen en que una de las partes declare en la sala de vistas, mientras la adversa permanezca fuera de ella. Con soporte legal en este precepto también puede acordarse la incomunicación visual de los declarantes, mediante la utilización de biombos (o similares) que impiden que uno de los progenitores entable contacto visual con el otro durante la celebración de la vista, medida que se interesa, a veces, en aquellos supuestos en que el posterior juicio de familia ha tenido un precedente en el Juzgado de Violencia Doméstica con acusaciones de delito de un progenitor hacia el otro.

5. SUPUESTOS CONCRETOS DE INTERROGATORIO

5.1. En procesos separación o divorcio

Del proceso de separación o divorcio se derivan el pronunciamiento principal sobre la suspensión o la disolución del vínculo conyugal y los efectos personales (responsabilidad parental) y económico-patrimoniales (atribución uso del domicilio familiar, pensión por alimentos a favor de los hijos, pensión compensatoria y compensación por razón del trabajo).

En este tipo de procesos el interrogatorio de las partes puede centrarse en los factores de ponderación a los efectos de acordar una guarda individual o compartida y, en su caso, la extensión del régimen de visitas con el progenitor no custodio, así como los gastos de los hijos y los recursos económicos de ambos progenitores en orden a determinar su contribución en las medidas de carácter patrimonial. El tipo de preguntas más frecuentes será el relativo a la implicación de cada uno de los progenitores en la crianza de los hijos comunes (ej. seguimiento médico o escolar), a las necesidades de vivienda

(ej. vivienda de alquiler o propiedad, posibilidad de acceder a otras viviendas, espacio suficiente para atender a las necesidades de los hijos) y a los recursos económicos (ej. gastos de los hijos comunes, ingresos de los progenitores, ayudas familiares, cargas en forma de préstamos hipotecarios o personales, entre otras)⁽⁴⁷¹⁾.

5.2. En procesos de modificación de medidas definitivas

El interrogatorio de las partes deberá dirigirse a acreditar la existencia de un cambio de notoria importancia, a través del análisis comparativo entre la situación antecedente (en el momento de dictarse la sentencia cuya modificación se pretende) y la actual situación personal, patrimonial o laboral de las partes (en el momento de interponerse la demanda de modificación de medidas definitivas).

También deberá dirigirse a acreditar que la modificación no es imputable a la parte que insta la revisión (ej. búsqueda activa de empleo por parte de quien ha sido despedido y tiene capacidad y edad para el acceso al mercado laboral); no es coyuntural y presenta signos de estabilidad en el tiempo (ej. reducción temporal de jornada laboral por motivos personales); o no se interesa en base a circunstancias o acontecimientos que ya estaban previstos (ej. próxima jubilación que se tuvo ya en cuenta para fijar la prestación compensatoria en previo proceso de separación o divorcio contencioso)⁽⁴⁷²⁾.

(471) La SAP Madrid, secc. 22ª, de 27 de febrero de 2018, fto. jco. 3º (Roj: SAP M 2507/2018-ECLI:APM:2018:2507) razona: «En el resultado de dicha exploración abundan los interrogatorios de las partes, de los que se desprende que la custodia materna, satisfactoria para estos menores, se desarrolla con absoluta corrección, de manera que no conviene introducir cambio alguno en la medida de guarda».

— En SAP Barcelona, secc. 18ª, de 22 de febrero de 2018, fto. jco. 1º (Roj: SAP B 1226/2018-ECLI:ES:APB:2018:1226), se valoran las respuestas del interrogatorio de parte en los términos literales siguientes: «El día del juicio, el padre, apocado, dice que la madre piensa que su hija es solo suya y él siempre ha buscado regular "sus visitas" y añade que si pide la custodia para él, no verá a la niña en dos años, por la oposición de la madre. Estas declaraciones no reflejan consistencia de carácter, ni preparación para luchar por la hija, ni habilidades de parentalidad».

— En SAP Barcelona, secc. 18ª, de 6 de marzo de 2018, fto. jco. 2º (Roj: SAP B 1666/2018-ECLI: ES:APB:2018:1666) se razona: «En el presente caso ambos partes han reconocido en sus respectivos interrogatorios en la Vista celebrada en primera instancia, que el padre no tenía prácticamente relación con sus hijos desde que salió del domicilio familiar, un año antes de la celebración de la referida Vista».

(472) En el mismo sentido HERNANDO VALLEJO, M.I., «En un procedimiento de modificación de medidas: ¿puede volver a interrogarse sobre hechos que ya fueron objeto de interrogatorio en el proceso de divorcio? En caso afirmativo: ¿cómo se valora la contradicción entre ambas declaraciones?», en *La prueba judicial a debate*, ed. La Ley, 2018, pp. 221-223.

5.3. En procesos con rebeldía

El supuesto habitual es aquel en que un progenitor reside en España y el otro progenitor reside en un país extranjero y ha perdido todo contacto entre ellos, haciendo dejación de los deberes inherentes a la patria potestad.

En esta tesitura el progenitor residente en España y que ha asumido la crianza y el mantenimiento de los hijos comunes suele interesar en su demanda inicial la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad para actuaciones y trámites administrativos tales como, entre otros, la obtención y/o renovación del pasaporte o documento nacional de identidad de los hijos comunes, el empadronamiento, la elección e inscripción en centro escolar, e incluso para la decisión sobre el tratamiento médico y sin que para todas las anteriores actuaciones o trámites sea necesario el consentimiento del otro progenitor (en rebeldía) que, en ocasiones, se halla incluso en paradero desconocido y cuyo contacto se ha perdido desde hace varios años.

El interrogatorio de la parte actora —a instancia del Ministerio Fiscal, dado que el demandado se encuentra en rebeldía procesal y no ha comparecido— es un medio de prueba valioso para conocer extremos tales como, entre otros, si existe o no comunicación o contacto entre los progenitores y entre el progenitor en rebeldía y los hijos comunes; si el progenitor en rebeldía reside en España o en un país extranjero y, en su caso, dese hace cuánto tiempo; si el progenitor en rebeldía mantiene algún tipo de contacto con los hijos comunes o los visita con alguna frecuencia; o si abona alguna cantidad para la manutención de los hijos comunes; o desde qué fecha, en su caso, dejó de abonar una cantidad para la manutención de los hijos comunes.

5.4. En procesos de filiación

Aun cuando la prueba reina en los procesos de filiación es la llamada prueba biológica, elevada a rango constitucional (art. 39.2 CE), de eficacia probatoria decisiva y con consecuencias procesales en caso de negativa injustificada a su sometimiento (art. 767.4 LEC), no por ello podemos dejar de considerar el interrogatorio de las partes, especialmente en aquellos procesos de reclamación de filiación no matrimonial, en que el demandado en el acto de la vista y a través del interrogatorio de las partes, reconoce con una respuesta clara, expresa e inequívoca el hecho de la filiación —y tal filiación aparece, además, corroborada por las demás pruebas documentales y/o biológicas— dado que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente, entre otros medios, por sentencia firme (art. 120.4º CC).

5.5. En procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

En este tipo de procesos y con anterioridad a la interposición de la demanda contenciosa el Letrado de la Administración de Justicia reclama el previo y completo expediente administrativo de desamparo (art. 780.3 LEC) en el que, a través de los informes de los Equipos de Atención a la Infancia y de los Servicios Sociales, constaran los indicios de riesgo que tuvo en cuenta la Entidad Pública para acordar la resolución de desamparo del menor (art. 172.1, II LEC). El actor, debidamente asesorado por su letrado, acudirá al acto de la vista conociendo los concretos indicios de riesgo que se le imputan y el interrogatorio de la parte constituirá el medio de prueba para conocer y contrastar la versión que ofrece de los mismos.

A través del interrogatorio de la parte se podrá conocer si el actor admite o rechaza los indicios de riesgo y/o exclusión que constan en el previo expediente administrativo y que llevaron a la Entidad Pública encargada de la protección de menores a adoptar la resolución de desamparo; si tales indicios permanecen o si alguno o algunos de ellos se ha eliminado o evolucionado favorablemente; si el actor se ha sometido voluntariamente al Plan de Mejora fijado por la Entidad Pública o, en su caso, si existe causa justificada que se lo haya impedido; si se han producido avances para la reintegración del menor en su familia de origen y, en su caso, cuáles han sido los concretos avances; si se mantiene un régimen de visitas entre el padre/madre y el menor en situación de desamparo y la progresión en el contacto paterno/materno filial.

En definitiva, el interrogatorio de las partes constituye el medio a través del cual el progenitor que se opone a la resolución de desamparo y a la medida protectora adoptada por la Entidad Pública corrobora, matiza o niega los indicios de riesgo que constan en el expediente administrativo de desamparo del menor y el seguimiento que efectúa el progenitor de las indicaciones —habitualmente en forma de Planes de Mejora— ofrecidas por la Entidad Pública.

5.6. En procesos sobre la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional

En este tipo de procesos, y a pesar que el legislador parece otorgar una preferencia a «*los informes urgentes y precedentes*» (art. 778 quinquies, apartado 7º, párrafo 2º LEC) e incluso a la audiencia del menor (art. 778



Uno de los ámbitos en que los cambios de la sociedad actual se producen con mayor rapidez es el Derecho de familia, hasta el punto que ya se alude a la familia en el Derecho, a la vista de la gran diversidad de modelos familiares. Tales cambios han tenido su reflejo paralelo en el ámbito del Derecho Probatorio, a cuyo análisis obedece la presente obra, con particular referencia a la evolución jurisprudencial.

La obra se compone de ocho capítulos, en los que se estudia sucesivamente, (1º) las singularidades de los procesos de familia; (2º) los principales *themas probandi* —tales como, entre otros, la guarda compartida o la cuantificación de las prestaciones económicas—; (3º) la audiencia del menor —con particular referencia a la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 18.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria— y las buenas prácticas en la exploración de menores; (4º) el interrogatorio de las partes, como fuente más caudalosa de información en el proceso de ruptura del conflicto de pareja; (5º) los documentos y los documentos electrónicos, con referencia incluida a la aportación, hoy tan frecuente, de WhatsApp y correos electrónicos; (6º) el dictamen de especialistas, con un estudio jurisprudencial completo de los principales criterios judiciales en su valoración; (7º) el interrogatorio de testigos, a menudo relegado a un plano secundario; y, finalmente, (8º) la prueba de informes, tan habitual en el proceso de familia, con referencia a los más frecuentes —de detectives, de servicios técnicos del Punto de Encuentro, del Coordinador de la Parentalidad, del Equipo de Atención a la Infancia y a la Adolescencia—.

