

CONCLUSIONES

DEL SEMINARIO SOBRE

INSTRUMENTOS AUXILIARES EN EL ÁMBITO DEL

DERECHO DE FAMILIA

Código: SE-10033

Fechas: 17, 18 y 19 de febrero de 2010

Coordinadora: Ilma. Sra. Dña. Dolores Viñas Maestre. Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 18 Familia, Incapacidades y Protección de Menores

Relator: Ilmo. Sr. D. Joaquín María Andrés Joven. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Familia de Palma de Mallorca

Lugar: Servicio de Formación Continua, calle de Trafalgar, nº 27 – Madrid

PROPUESTA DE CONCLUSIONES SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR

- 1- En lo concerniente a la conveniencia de la obligatoriedad o no de la asistencia a una sesión informativa de mediación, se concluye al igual que ya se había hecho en jornadas anteriores que resulta imprescindible para fomentar y dar a conocer la mediación como método complementario de la resolución de conflictos, la introducción de modelos obligatorios de mediación imponiendo la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa de mediación a las partes en litigio sin perjuicio de la voluntariedad del proceso de mediación por cuanto solo después de conocer en qué consiste la mediación, las partes en litigio se encontraran en disposición de decidir de forma voluntaria si inician o no el proceso de mediación. Una vez sentada la anterior conclusión y en el debate sobre si se debe de imponer siempre, salvo determinados supuestos contraindicados, como trámite previo al inicio del procedimiento judicial, la obligación de asistir a una sesión informativa previa, convirtiendo dicho trámite en una condición o requisito previo al acceso al proceso o si debe de ser el Juez, quien en función de unos criterios determinados haga una discriminación de los supuestos en los que las partes han de acudir a la sesión informativa una vez iniciado el proceso, conocidas las pretensiones de ambos y que sólo en ese caso sea obligatoria la asistencia a la sesión informativa previa parece más acertada esta segunda solución dado que en caso contrario existe el riesgo evidente de que se convierta la asistencia a la sesión informativa en un mero trámite.
- 2- En relación con lo anteriormente expuesto se concluye la necesidad de que se establezca por el legislador algún tipo de consecuencia para aquellos litigantes que habiendo sido convocados a una sesión informativa de mediación no acudan a la misma, rechazándose no obstante que esa consecuencia revista un carácter económico.
- 3- En orden a la gratuidad de la mediación se concluye que resulta incuestionable que la sesión informativa ha de ser totalmente gratuita. En cuanto al propio proceso de mediación, si bien no puede excluirse la mediación privada, han de establecerse mecanismos que permitan a las partes, sobre todo en determinadas situaciones económicas, acceder a la mediación gratuita. En este punto se considera que la gratuidad de la mediación ha sido determinante en el resultado de las experiencias piloto llevadas a cabo en determinados Juzgados de Familia y que en consecuencia resultaría muy útil que se mantuviera la gratuidad al menos hasta que la mediación fuera conocida y utilizada de forma general.
- 4- Se estima adecuado y suficiente el plazo que se contempla en el Anteproyecto de Ley sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles para el desarrollo de la mediación (90 días), sin perjuicio de que excepcionalmente pueda prorrogarse el mismo a petición de las partes.
- 5- Se reitera una vez más que se entiende desafortunada la previsión recogida en el artículo 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación. En este sentido resultan elogiables las experiencias desarrolladas en el Juzgado de Hospitalet de Llobregat,

después en el Juzgado nº 5 de VIDO de Barcelona o en el Juzgado nº 1 de VIDO de Murcia en las que se orienta a las partes a una mediación familiar una vez se ha procedido al archivo del procedimiento penal.

6- Se estima positiva la presencia de los abogados de las partes en la sesión informativa previa de mediación, como medida para fomentar el conocimiento de la mediación por parte de estos profesionales, y la confianza en este sistema complementario de resolución del conflicto. Por el contrario no es estimada adecuada la presencia de aquellos en las sesiones propias del proceso de mediación que voluntariamente puedan decidir iniciar las partes, lo que no excluye desde luego que durante ese proceso continúen aconsejando a sus clientes.

7- Se considera conveniente que una vez finalizado el proceso de mediación sea cual sea el resultado del mismo el mediador que haya intervenido en aquel comunique al Juzgado la conclusión del mismo.

8- También se debatió la cuestión relativa a el lugar en el que se considera conveniente que se desarrolle la sesión informativa previa y en su caso el subsiguiente proceso de mediación. En estas cuestiones y siguiendo el criterio sentado en anteriores jornadas y encuentros se estableció que

- a) La sesión informativa previa se considera más conveniente que se lleve a cabo en la sede del órgano judicial por su mayor eficacia coercitiva – en línea con la obligatoriedad de la mediación - y porque le otorga al Juez mayor flexibilidad para remitir a las partes en cualquier momento o fase procesal, facilitando esta proximidad el que las partes acepten la suspensión de la comparecencia y/o de la vista, cuando puede garantizarse la pronta celebración de la misma si finalmente no se acepta iniciar la mediación. Por último se entiende que facilita la coordinación entre el Juzgado y el equipo o persona destinada a llevar a cabo la sesión informativa.
- b) El proceso de mediación se considera por el contrario que debe de realizarse fuera de la sede del órgano judicial al considerar que aceptado ya el proceso, conviene diferenciar y separar el espacio en el que, caso de no alcanzar un acuerdo total, va a decidirse el proceso contencioso sobre el objeto del conflicto, del espacio en el que se ofrecen a las partes los instrumentos necesarios para alcanzar un acuerdo.

9 - Se considera que al acuerdo alcanzado en un proceso de Mediación cuando posteriormente no se plasma su contenido en Convenio Regulador y no se transforma el procedimiento a los trámites del mutuo acuerdo debe dársele el mismo tratamiento que se dispensa a un Convenio Regulador no ratificado. Se puso de manifiesto la conveniencia de que la Ley recoja de forma expresa que el acta final de mediación produce efectos jurídicos para las partes.

10- En lo concerniente al momento más idóneo para poder derivar a las partes, si procede, a una sesión informativa se considera que ese momento es, en aquellos procedimientos donde la Ley prevé trámite de contestación a la demanda, una vez presentada ésta y antes de la fecha de señalamiento para la vista, procurando no hacer coincidentes en el tiempo la sesión informativa y la comparecencia judicial – aprovechando ese “tiempo muerto” que suele ser en la mayoría de los juzgados de entre 30 y 50 días – siguiendo en este punto la conclusión obtenida en su día en las III Jornadas de Jueces de Familia, Incapacidades y Tutelas celebradas en Barcelona en

los días 22, 23 y 24 de mayo del año 2006. En fase de ejecución de sentencia, dado el carácter menos reglado del proceso, se considera como momento más adecuado para la derivación a la sesión informativa, el posterior a la formalización del trámite de oposición al despacho de ejecución, salvo que se considere necesario inmediatamente después de presentada la demanda ejecutiva.

En los casos de las medidas provisionales previas y de las medidas provisionales coetáneas si bien la ausencia de conocimiento de cuales son las pretensiones del demandado puede ser una limitación en algunos casos no debe de excluirse de forma definitiva la derivación, dado que del examen de las pretensiones formuladas por el instante de la medidas o actor puede inferirse que la controversia puede limitarse a aquellas cuestiones que más fácilmente pueden abordarse en mediación.

PROPUESTA DE CONCLUSIONES SOBRE LA EXPLORACIÓN DE MENORES

- 1- La exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento del que se trate.
- 2- Cuando un menor de edad deba ser oído en un proceso de familia en el que esté directamente implicado, este derecho deberá ejercerse en alguna de las formas previstas en el artº 9 de la Ley orgánica de protección jurídica del menor 1/96. En ningún caso el menor será convocado como testigo. Es factible que la exploración del menor se efectúe a través de los miembros del equipo psicosocial que pueda estar adscrito al órgano judicial lo cual sin embargo no debe generalizarse.
- 3- Los niños, niñas y adolescentes habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales cuando el Juez lo estime necesario – no en todo caso. Evaluado el juicio de necesidad, el juez deberá ponderar si el menor implicado tiene suficiente madurez cuando es menor de doce años. Debe de tenerse igualmente presente que no todo mayor de doce años tiene suficiente madurez aunque por ministerio de ley deba de ser explorado.
- 4- Se considerará no necesario oír a un menor de edad cuando su audiencia pueda implicarle un perjuicio. Esta decisión deberá motivarse en todo caso por el Tribunal.
- 5- Teniendo en cuenta la posible ejecución de resoluciones en el extranjero, es imprescindible hacer constar en todas las resoluciones judiciales que afecten a los intereses de menores de edad, que dicho menor ha ejercido su derecho a ser oído en el concreto procedimiento. Si no hubiera sido oído directa o indirectamente por el Tribunal, deberá motivarse porqué. En los procedimientos consensuales o en aquellos procedimientos contenciosos en los que no se haya considerado necesaria la exploración judicial del menor o menores afectados por la resolución judicial por no existir conflicto en las medidas personales que les afectaban se señalará que los menores fueron oídos a través de sus representantes legales
- 6- En las exploraciones civiles, la necesidad de preservar la intimidad de los menores, aconseja no gravar su audiencia con el juez, con el psicólogo o con el equipo adscrito al juzgado.
- 7- El juez deberá dejar constancia en las actuaciones de su interpretación sobre lo que el menor ha expresado de forma verbal y no verbal en la exploración practicada, no estimándose oportuna la ausencia de toda documentación respecto de lo que el menor haya podido exponer ni tampoco la transcripción literal de lo por él expuesto.
- 8- En las exploraciones civiles judiciales no resulta precisa la intervención del Secretario judicial. Las exploraciones se desarrollarán con el mínimo número de adultos en la sala. Asimismo se concluye que es más beneficioso para el menor que la exploración judicial se realice en fecha distinta a la señalada para la comparecencia o juicio del procedimiento, por cuanto ello minorra la tensión del menor al acudir al juzgado y le evita innecesarias esperas.
- 9- Deben evitarse exploraciones reiteradas de un mismo menor para evitar su victimización secundaria.
- 10- Se concluye que siempre que resulte posible la exploración del menor deberá ser señalada como primera diligencia con el fin de evitar retrasos o demoras en la práctica de

la actuación, valorándose asimismo que sin duda es en ese momento cuando el niño se encuentra más descansado.

11- Se comparten y refrendan expresamente las conclusiones que sobre la exploración de menores fueron recogidas en la guía de buenas prácticas aprobada en las VI Jornadas de Magistrados. Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios celebradas en Valencia durante los días 26 a 28 de octubre de 2009.

PROPUESTA DE CONCLUSIONES SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LOS EQUIPOS TÉCNICOS Y SOBRE LA PRACTICA DE LAS PRUEBAS PERICIALES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

1. Se considera que una interpretación sistemática de los artículos 92,9 del Cod.Civil que permite al Juez solicitar el dictamen de especialistas a instancia de parte, y del art. 339 de la LECivil posibilita el que las partes puedan solicitar el dictamen o informe del Equipo Técnico del Juzgado, aunque no sean titulares del derecho de asistencia jurídica gratuita no debiendo en ningún caso abonar los honorarios del peritaje al tratarse de un servicio público.
2. El informe pericial a practicar por los equipos técnicos del Juzgado puede ser solicitado por las partes y por el Ministerio Fiscal tanto en los escritos de demanda como en los de contestación, como en el propio acto del juicio, no obstante lo dispuesto en los artículos 336 y 337 de la LECivil, y ello por cuanto, si bien es cierto la naturaleza del dictamen de especialistas presenta una semejanza con la intervención pericial no puede identificarse plenamente con aquella,
3. El informe pericial a practicar por los equipos técnicos del Juzgado puede ser acordado por el Tribunal tanto con anterioridad al acto de la vista como durante la celebración del citado acto, una vez sopesada la actividad probatoria que en él se haya practicado. No obstante, y atendiendo a que se trata de un recurso limitado, se apunta que en el primer caso sólo se adopte cuando su necesidad resulte claramente constatada del tenor de los escritos de demanda y contestación. En este caso y atendido el tiempo de tardanza de los Equipos Técnicos en la elaboración de los informes y la importancia de estos informes en la resolución que deba de adoptarse se considera conveniente, diferir el señalamiento de la vista hasta que se haya producido la emisión del dictamen. Igualmente, se concluye la posibilidad de recabar el informe en el propio auto de medidas provisionales, ya previas ya coetáneas, si durante la celebración de la comparecencia que le antecede se ha constatado la necesidad de hacer uso de este recurso para el procedimiento principal dadas las controversias suscitadas y el estado de la relación familiar que se ha podido apreciar.
4. Se concluye que dado que el Juez puede, por razones de utilidad y pertinencia, admitir total o parcialmente o inadmitir una prueba propuesta por las partes, puede admitir la prueba pericial solicitada por cualquiera de ellas, inadmitiendo alguno de los extremos que se proponían como objeto de la misma. Igualmente se concluye que el Tribunal puede acordar, en virtud de las facultades que de oficio le otorga la Ley en estos procedimientos (art. 752 y 339,5 de la LECivil), la formulación de los extremos que considere necesarios para resolver las pretensiones controvertidas y que no hayan sido solicitados por los intervinientes.
5. Se concluye que con carácter general no es oportuno exigir a los equipos técnicos que en la emisión del informe sigan una metodología determinada o realicen unas concretas actuaciones – exploración de los menores, práctica de alguna prueba concreta, visitas domiciliarias, etcétera – sin perjuicio de que excepcionalmente y atendido el objeto de la pericia que haya sido interesada por el Tribunal pueda hacerse constar éste la oportunidad de realizar una concreta actuación.
6. Se concluye que la presencia de los Letrados en las entrevistas y en la realización de las pruebas psicotécnicas que hayan de practicarse previas a la emisión del informe pericial interesado, debe de ser rechazada por cuanto puede impedir o perturbar la labor del perito actuante.

7. Como pautas o criterios orientadores para valorar la necesidad de un informe pericial se estima que resulta conveniente el informe del Equipo Técnico cuando el objeto del litigio verse sobre la guarda y custodia de los hijos menores y de los elementos o datos aportados por las partes no se desprenda con claridad lo que resulta más beneficioso para los menores, o cuando se hayan aportado dictámenes periciales de parte que arrojen resultados contradictorios. Se considera igualmente conveniente la práctica de dicho informe cuando se solicita alguna medida restrictiva del ejercicio de la potestad o del régimen de comunicación (suspensión o limitación). Por el contrario no se considera necesario requerir el informe en todos los supuestos en los que se discrepe sobre el régimen de custodia y/o comunicación.
8. Se considera necesario que en los procedimientos de familia que se siguen ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el informe pericial que pueda interesarse como elemento probatorio del proceso civil, no sea realizado por los mismos técnicos que hayan podido realizar informes en el procedimiento penal seguido ante dichos Juzgados entre idénticos litigantes.
9. Se concluye que los peritos de los equipos técnicos adscritos a los órganos judiciales pueden ser objeto de recusación y/o de tacha, al amparo de lo dispuesto en el artículo 343.11 de la LECivil.
10. Una vez elaborado el informe por el correspondiente equipo técnico, el documento donde se plasma su contenido se incorporará a las actuaciones mediante proveído, en el que se acordará dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal y se les dará la oportunidad de solicitar las aclaraciones y/o precisiones que se estimen convenientes al amparo de lo dispuesto en el art. 346 de la LECivil en cuyo caso y a tal efecto se procederá a convocar a todos a una comparecencia. En el supuesto de que no se solicite por ninguna de las partes la comparecencia del perito o peritos actuantes no es precisa la ratificación expresa del informe.
11. Se considera que en el caso de haberse aportado por alguna de las partes un informe pericial de perito privado, cuyo contenido resulte incompleto, por haberse examinado solo a uno de los progenitores y a la descendencia común pero no al otro progenitor puede el Juez proponer a las partes la ampliación o complemento por el mismo perito del informe pericial, al objeto de evitar la sobreexploración de los menores en este tipo de procedimientos. Si la parte que no hubiera comparecido lo aceptase – incluido el abono de la parte de la pericia que le corresponda – podría obviarse la práctica de una pericial nueva referida a todo el núcleo familiar o el recabar el informe del Equipo Técnico.
12. El informe pericial emitido por un perito sobre un menor, debe de tenerse en consideración cuando cuente con el consentimiento de uno solo de los progenitores, pero se considera conveniente que el otro progenitor tenga conocimiento de la realización de la pericia, y ello salvo casos excepcionales en los que, a criterio del perito, no resulte aconsejable ponerlo en conocimiento del otro progenitor por poder afectar al objeto de la pericia y/o perjudicar el interés del menor.

PROPUESTA DE CONCLUSIONES SOBRE PUNTOS DE ENCUENTRO

- 1- Se reitera con carácter general la temporalidad y subsidiariedad del servicio recogida ya en otras jornadas y encuentros anteriores. En los supuestos de violencia sobre la mujer, se mantiene igualmente el carácter subsidiario del servicio con el fin de no colapsar el funcionamiento de dichos recursos y evitar así las “listas de espera” que desvirtúan la finalidad del servicio.
- 2- En relación con la temporalidad y la subsidiariedad del servicio se destaca que puede considerarse aconsejable la intervención del PEF en la siguiente forma:
 - A) Visitas tuteladas en PEF
 - Cuando existe un factor o elemento de riesgo para el menor, cuando ha de permanecer con el progenitor no custodio.
 - Existe imposibilidad de que las visitas puedan desarrollarse en otro lugar
 - Negativa del/la menor de ver al progenitor con el que no convive.
 - B) PEF como lugar de entrega y recogida.
 - Existencia de prohibición de alejamiento entre los progenitores y ausencia de familiares o terceros que puedan ocuparse de la entrega.
 - Existencia de conflictividad grave entre los progenitores que aconseje la intervención de un servicio neutral
 - Como medio para asegurar el cumplimiento del régimen de visitas en aquellos supuestos en los que se producen continuos incumplimientos.
- 3- Se reitera la necesidad de una regulación que permita la unificación del funcionamiento de los distintos PEF existentes en España teniendo siempre presente la naturaleza pública del servicio.
- 4- Se advierte la necesidad de unificar el contenido de la derivación a los P.E.F. en la que deberá constar cuanto menos el tipo de intervención a realizar – visita tutelada o intervención de entrega y recogida del/la menor – el horario de la visita, de una forma flexible y permitiendo en principio, que sea el propio P.E.F. quien atendidos sus recursos lo determine o concrete con las pautas fijadas y la periodicidad de los informes a remitir.
- 5- Se estima muy conveniente para un buen funcionamiento del servicio, la coordinación entre los responsables del P.E.F. y el Juzgado remitidor mediante la celebración de reuniones periódicas en las que se ponga de manifiesto el estado de cada caso.
- 6- En cuanto a la modulación del régimen de comunicación y de visitas por el P.E.F., no se advierte obstáculo alguno en que el P.E.F. pueda proponer al Juzgado la modificación del régimen de visitas vigente y que se esté ejecutando, lo que podrá ser valorado en el trámite de ejecución de sentencia y adoptado en caso de existencia de acuerdo por las partes, o como medida cautelar si se estima que el interés del menor resulta así mejor protegido. Por otra parte se considera que la

suspensión del régimen de visitas por el P.E.F. en aplicación de su propia normativa, debe de ser puesta en conocimiento del Juzgado de forma inmediata para su valoración por el Juez, y que éste ratifique o deje sin efecto tras la práctica de las actuaciones que se estimen necesarias la suspensión acordada.