



Autora: ROSANA MARLENE ESPECHE

MEDIACION FAMILIAR

EN SALTA

Año: 2010

Carrera: ABOGACIA

INDICE

1. Introducción.....	4
2. Derecho de Familia.....	5
2.1 Concepto y ubicación en el Derecho.....	5
2.2. Principales Caracteres del Derecho de Familia.....	7
2.3. Transacción y Conciliación.....	9
2.4. De la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Familia.....	14
3. Mediación Familiar: El Mediador y los Intereses en Juego en la Mediación.....	25
3.1. El Interés de las Partes y el Menor, Familiar y General.....	25
3.2. Nuevas organizaciones familiares.....	25
3.3. El ámbito de la autonomía de la voluntad.....	26
3.4. Divorcio sin culpas.....	27
3.5. Conyugalidad y parentalidad.....	27
3.6. Coparentalidad.....	27
3.7. Objetivos de la Mediación Familiar.....	28
3.8. Una definición de la mediación familiar.....	29
3.9. Importancia de la Mediación Familiar.....	30
3.10. El Mediador Familiar.....	31
3.11. Algunos Problemas a debatir en el Campo de la Mediación Familiar.....	36
4. Mediación en la Provincia de Salta – Ley 7324.....	42

4.1. Temas Excluidos del Ámbito de la Mediación Familiar.....	44
4.2. Clases de Mediación.....	45
4.3. Mediadores y Co-mediadores.....	47
4.4. Centros de Mediación Social y Comunitaria.....	48
5. Visión del Estado Actual de la Mediación en Salta.....	49
6. Importancia de la Capacitación Legal del Mediador.....	50
7. Mediación Familiar en Salta.....	51
8. Conclusión.....	56
9. Índice Bibliográfico.....	59
10. Anexos I.....	61
11. Anexo II.....	64

1. Introducción

Cuando hablamos de Mediación Familiar nos enfrentamos a una temática particular con características propias.

El Derecho de Familia amén de formar parte del Derecho Privado posee una gran carga de Orden Público, inmodificable por los particulares, ya que al Estado le interesa este núcleo particular primario que constituye su basamento social. Según sea el autor que sigamos el margen de autonomía de la voluntad es más amplio o reducido.

Sin embargo, en la provincia de Salta donde la mediación es obligatoria y previa a todo trámite judicial, no se ve a esta mediación como diferenciada de las demás.

En la ley provincial de Salta N° 7324 de mediación, sólo se mencionan tangencialmente los temas fuera de mediación, es decir aquellos que no pueden ser objeto de acuerdo entre partes sin que intervenga un juez que dirima la controversia.

Esto lleva a que cualquier persona con una mínima formación y un breve entrenamiento como mediador, en el caso del mediador comunitario y en general el extrajudicial se haga cargo del abordaje de la temática familiar en el mismo nivel que en cualquier otra que llegue a su mesa.

Esto produce por lo general desinteligencias que llegan en el peor de los casos a un fracaso mediático; y en el mejor a demoras injustificadas retrasando lo que debería ser más expeditivo debido a que lo que se busca es el ahorro de tiempo, dinero y esfuerzos de los involucrados, fin de la implantación obligatoria en nuestro sistema lega provincial salteño, reglamentariamente está legislado que *“la mediación debe concluir en un plazo máximo de 30 días a partir de la realización de la primera audiencia”*¹, los 30 días máximos pueden prorrogarse debido a que el mediador lego desconoce en la mayoría de las veces lo que

¹ Decreto N° 4356/09 del 11/08/09. Reglamentación de la Ley Provincial de Mediación N° 7324. B.O. de Salta N° 18167. Reglamentación del Art. N° 23, 8- Plazos.

forma parte del Orden Público Familiar, llámese reglamentación Civil o Leyes complementarias, etc., lo que llevaría a un dispendio de tiempo.

La falta de formación específica puede llevar a que se presente un acuerdo ante el juez de imposible homologación, por estar fuera de la esfera transigible en materia de Familia, un ejemplo sería el caso en que en una mediación se planteara la renuncia a la patria potestad.

Lo planteado desvirtuaría los fines de la mediación y tornaría inútil el sistema, que nuevamente culminaría abarrotando de causas al Fuero de Familia.

Este panorama lleva a plantearnos las siguientes hipótesis ¿Es necesaria la capacitación legal especial de los mediadores de familia? ¿Existe una desigualdad de condiciones en los mediadores legos frente a los letrados en cuanto al abordaje del problema familiar?

2. Derecho de Familia

2.1. Concepto y ubicación en el Derecho

Según lo define Belluscio, “el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares”² Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el derecho civil.

Tradicionalmente, el derecho de familia está ubicado dentro del derecho privado y más precisamente del civil. Tiene caracteres propios, que le comunican una fisonomía peculiarísima. Hay juristas que se preguntan si efectivamente debe considerárselo como perteneciente al derecho privado y si no estaría más propiamente ubicado dentro del derecho público o como rama independiente de ambos.

En nuestro país, el derecho de familia está contenido básicamente en el Código Civil, aunque existen numerosas leyes complementarias que también lo integran. Si el derecho de familia es, en razón de la materia, parte del derecho civil, no es posible

² Belluscio, Augusto Cesar, *Derecho de Familia*, t.I, Ed. Depalma, Bs. As., 1974, p.29., adhiere a esta definición Zanoni, *Derecho de Familia*, s.d.

considerar que pertenece al derecho público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de derecho público. Se trata de relaciones entre las personas, derivadas de su vínculo conyugal o de su parentesco.

No varía esta conclusión el hecho de que numerosas relaciones familiares estén determinadas por normas de orden público.

El orden público, en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. El orden público resulta de normas legales imperativas. Esto no significa que las relaciones jurídicas dejen de ser de derecho privado por el hecho de que estén, en muchos casos, regidas por normas imperativas, es decir de orden público.

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas relaciones; así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. El interés que la ley reconoce está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquellas responden.

El hecho de que los intereses familiares que el derecho protege no sean intereses meramente individuales de uno u otro miembro de la familia, y que, por eso, el contenido de los deberes y derechos no sea disponible mediante la autonomía privada, no obsta a advertir que el modo de obtener la satisfacción completa del interés familiar suele descansar en el razonable acuerdo de los responsables de su cumplimiento. Esto es indiscutible cuando las relaciones familiares se desenvuelven armónicamente en el espontáneo fluir de los afectos en que se basa la cohesión del núcleo.

Pero, aun ante situaciones de conflicto, la ley reconoce, amplios ámbitos de autonomía para que los involucrados acuerden el más conveniente modo de resolver el conflicto. Es así que el derecho de familia, hoy, incorpora normas flexibles que permiten a quienes viven situaciones de conflicto, regular mediante acuerdos, con vistas al interés de

ellos, el modo de asumir y satisfacer los deberes y derechos recíprocamente exigidos y reclamados. Así, el divorcio por mutuo consentimiento (en nuestro derecho, por presentación conjunta, que regulan los arts. 205 y 215, C.C.), la admisión de acuerdos en punto a alimentos, guarda y comunicación con los niños, atribución de la vivienda, etc. (art. 236), la admisión del reconocimiento de los hechos y la confesión en el juicio de divorcio, incluso como prueba suficiente de la separación de hecho sin voluntad de unirse en los casos de los arts. 204 y 214, inc. 2º (conf. Art. 232), la dispensa del deber de cohabitación entre los cónyuges en caso de peligro a la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos (art. 199), etc., revelan que la directiva legal tiende más que a una norma imperativa, inflexible o indisponible, y de un juez que la aplique, a una comunicación que genere acuerdos mutuos coordinando la conducta de las partes.

2.2. Principales Caracteres del Derecho de Familia

a) Ninguna otra rama del derecho está tan directamente influida como ésta por ideas morales y religiosas.

b) Los llamados derechos de familia son, por lo general, complejos de derechos y deberes. Ejemplo típico, la patria potestad. En las relaciones de familia el centro está en el deber. En este punto, la evolución de nuestra institución es muy interesante. Mientras en la familia primitiva el padre ejercía un poder arbitrario y sin limitaciones, en la moderna la autoridad paterna ha sufrido sustanciales restricciones e importa, más que nada, cargas y responsabilidades.

c) El papel de la voluntad es, en materia de familia mucho más restringido que en el resto del derecho privado. Casi todas las normas reguladoras de esta institución tienen carácter imperativo. De ahí que los derechos y deberes se impongan a veces con entera independencia del deseo de quienes están sujetos a la norma; otras veces, el papel de la voluntad se limita a expresar el consentimiento para que se constituya una determinada relación jurídica, pero todos los efectos y consecuencias de esa relación están fijados imperativamente por la ley; tal es lo que ocurre con el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de una filiación. En el resto del derecho civil, el libre albedrío de las partes

imperera sin más limitaciones que aquellas que impone el legislador por motivos de orden público; la voluntad es la ley (art. 1197, C.C.). En materia de derechos reales, la voluntad de las partes no va más allá de constituir el derecho, cuyo contenido está fijado por la ley y no pueden establecerse otros derechos reales que aquellos admitidos por el legislador. Aun en este caso la diferencia es grande. El propietario puede transmitir su derecho, renunciar a él, transar. En cambio, los derechos de familia, por regla general, no pueden renunciarse, ni se los puede enajenar o transmitir, ni puede transarse sobre ellos (art. 845, C.C.), salvo bajo su aspecto pecuniario (art. 846, C.C.). De una manera general, el estado de familia no puede ser objeto de convenciones que tiendan a alterarlo, modificarlo o transmitirlo. Como excepción, cabe recordar las transacciones relativas a la validez o nulidad del matrimonio, que son válidas en caso de que favorecieran el mantenimiento del vínculo; que se admiten convenios en los juicios de separación de personas o de divorcio sobre tenencia y régimen de visitas de los hijos (art. 236, ref. por ley 23.515), lo que implica transacción sobre la patria potestad o los poderes inherentes a ella; pero aun en ese caso, el juez tiene un derecho de supervisión de esos acuerdos y puede objetarlos (art. Cit.). De igual modo, la adopción simple puede ser revocada por acuerdo de las partes cuando el adoptado haya llegado a la mayoría de edad (art. 28, ley 19.134). Pero estos supuestos de transacción sobre los derechos y deberes familiares son absolutamente excepcionales.

d) Otra característica es la intervención de los órganos del Estado en los actos de constitución de un estado de familia o en el control de cómo se ejercen los derechos y deberes originales en las relaciones de familia. Esta intervención se hace a través del juez y del asesor de menores e incapaces.

A medida que el Estado ha ido adquiriendo vigor y poderes, correlativamente se han reducido los de la familia. No sólo ésta ha perdido las funciones políticas y económicas que tenía la familia primitiva, sino que hoy el Estado interviene en la educación de los hijos, en la asistencia a los enfermos e inválidos; los magistrados tienen facultades para penetrar en el interior del hogar, vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra los abusos o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos, pudiendo sustraerlos a la autoridad paterna; el juez dirime las divergencias entre los cónyuges respecto de los

problemas de la diaria convivencia, tales como la elección del domicilio, la educación de los hijos, la administración y disposición de los bienes gananciales, etc.

En esta penetración del Estado en la familia hay un fundamento ético. No es tolerable ya el ejercicio arbitrario y abusivo de las potestades familiares; las responsabilidades y deberes que éstas implican asumen un carácter preeminente y la sociedad debe velar por su cumplimiento. Pero hay en esta llamada *publicización* del derecho de familia un grave peligro que es necesario destacar y al que urge poner coto. El estado de hoy, cada día más absorbente y poderoso, provisto de todos los recursos que la economía y la técnica han puesto en sus manos, tiende a invadir la esfera de la más reservada y respetable privacidad.

2.3. Transacción y Conciliación

La transacción es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas. Si bien suele dársele el alcance de un contrato, no lo es en nuestro derecho, para el cual reviste el carácter de un acto jurídico bilateral y es un convenio extintivo (art. 832 y 833, C.C.). Por tanto, esta figura, en su acepción más pura está reservada al campo patrimonial.

Pueden ser objeto de transacción todos los intereses jurídicos susceptibles de apreciación pecuniaria. En cambio, si se trata de intereses extrapatrimoniales, como lo son las relaciones de familia, este instituto no resulta aplicable (arts. 843 y 845³, C.C.); máxime cuando esté comprometido el orden público, aunque hubiere de por medio cuestiones de índole patrimonial, como es el caso de los alimentos (art. 374 C.C.).

El tema está íntimamente vinculado a la renuncia de los derechos en general, ya que la concesión significa para cada parte abdicar facultades en el ajuste de su pretensión. De manera que en virtud del principio de indisponibilidad, no se podrá transigir en tanto y en

³ Art. 845 C.C.: “No se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima”.

cuanto esté prohibido formular una renuncia por razones imperativas (art. 19, C.C.). Entre ambas figuras existe una simetría para salvaguardar la coherencia del sistema (art. 374, C. C. a propósito de pretensiones alimentarias).

En el plano procesal se alude a otros modos de dar término a un litigio, que guarda cierta analogía con este instituto consagrado por la ley de fondo: tal es el caso de la conciliación (arts. 34, inc 1º, y 309, Cod. Procesal Civil de la Nación). Va de suyo que los cónyuges pueden ponerse de acuerdo para solucionar su crisis matrimonial, sobre la convivencia, el cuidado de los hijos menores, y las prestaciones dinerarias, etc. De esta forma podrán solucionar las diferencias en juicio, con los efectos de una sentencia, siempre que se adecuen al espíritu y a la letra de la ley.

Pero la conciliación no es el fruto de concesiones recíprocas sino de un mutuo entendimiento en torno a aspectos litigiosos, donde el interés general no se ve alterado. Resulta admisible fijar una cuota alimentaria por el libre acuerdo de las voluntades (aunque habiendo hijos menores, deviene en insoslayable la intervención del Ministerio Pupilar). Aquello que no está permitido es negociar situaciones basadas en sacrificios comunes, cuando están en juego valores éticos-jurídicos fundamentales (art. 236, C.C.).

Estas ideas generales presiden a la transacción en todas las hipótesis concretas que pueden llegar a presentarse.

Un supuesto especial se ofrece en punto a cuestiones patrimoniales derivadas del estado civil de la persona, siempre que el mismo no esté en discusión (art. 846, C.C.). La solución dada por el legislador tiende a permitir resolver las divergencias que hubiera en torno de los efectos de la naturaleza patrimonial con causa en el estado civil sin afectar a este. Parece difícil que este último no llegue a ocurrir, a punto tal que cae fulminado de nulidad todo acuerdo transaccional cuyo objeto versare simultáneamente sobre intereses pecuniarios y la condición de una persona (art. 847, C.C.), se observa con razón⁴ que transigir en torno a desavenencias pecuniarias implica reconocer un estado en particular, sin posibilidad ulterior de controvertirlo.

⁴ Gullón Ballesteros, Antonio: *La transacción*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, p.112.

Otro caso especial se da respecto de la acción de nulidad matrimonial: se puede transigir en torno al vínculo, siempre que lo sea en torno de su validez (art. 842, C.C.). La excepción descansa en el principio de preservación del acto jurídico familiar.

Debe tratarse de alguno de los supuestos enunciados en los incisos 5, 8 y 9 del art. 166 del C.C., que son impedimentos dispensables, y en punto a vicios del consentimiento invocados por uno de los celebrantes (art. 175, C.C.). Por el régimen propio de las nulidades, no cabe aplicar la norma del art. 842, C.C., si se trata de un matrimonio nulo de nulidad absoluta.

La transacción entre cónyuges sólo obsta a ella cuando está limitada la aptitud de disposición de los esposos. En la medida que marido y mujer resuelvan sus diferencias por esta vía, en particular si están en pleito, ninguna objeción cabe a un acuerdo donde cada una renuncia a derechos patrimoniales para finiquitar enojosas discusiones. Este camino es además el aconsejable a seguir en muchos aspectos del régimen de bienes de la sociedad conyugal, donde puede discutirse el carácter propio o ganancial de alguna cosa en especial.

Haciendo un análisis pormenorizado del articulado referente a la transacción en asuntos de familia podemos arribar a las siguientes conclusiones:

2.3.1. Autoridad paterna o marital

La excepción a la regla de la transigibilidad, está contenida en el art. 845. La prohibición encuentra suficiente fundamento en el orden público que rige toda normativa referente a la organización familiar, así como a los derechos y deberes de los miembros que la integran.

Luego de la sanción de la ley 23.264, que establece la patria potestad compartida por ambos cónyuges, debe entenderse que el artículo mantiene su vigencia con la debida extensión a quienes detentan patria potestad.

2.3.2. Cuestiones sobre el estado de las personas

El art. 845 del C.C. prohíbe transigir sobre cuestiones relativas al propio estado de familia o sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por

filiación natural, sea por filiación legítima. El estado de familia es inalienable, por ello mal puede ser objeto de actos jurídicos de naturaleza contractual, rigiendo a este respecto las normas de los arts. 953 y 1167 del C.C.

Debe entenderse como principio general que abarca en su prohibición de transigir a toda cuestión relativa al estado de familia⁵.

Ahora bien, una transacción sobre intereses puramente pecuniarios, aunque estuviere subordinada al estado de una persona, es válida en la medida en que no haya simultaneidad de ambas cuestiones. Esta es la solución legal que da el Código Civil cuando en su art. 846 dispone que: “La transacción es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella”.

A manera de ejemplo, podemos citar una resolución judicial que declaró válida la transacción celebrada con una presunta hija natural sobre intereses puramente pecuniarios, condicionada a que aquella no renunciara a su condición de tal. La transacción se consideró válida y definitiva con independencia de la sentencia que obtuviere la hija en su reclamación de estado de familia⁶.

Es decir que, aunque pueda haber subordinación, nunca debe existir simultaneidad que implique la concurrencia de cuestiones patrimoniales y de estado de familia⁷.

Si existe tal simultaneidad, la transacción será de ningún valor, “...háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios” (art. 847 C.C.).

2.3.3. Cuestiones sobre validez o nulidad del matrimonio

⁵ Enrique Díaz de Guijarro, *Tratado de derecho de familia*, t. I, 1953, ps. 404 y ss.

⁶ CNCiv., sala D, 10/8/51, 66-86; “GF”, 203-231.

⁷ Así se ha resuelto que: “Si en el acto de la transacción sobre los intereses pecuniarios no se concretó directa ni indirectamente ni en forma franca o encubierta concesiones que modificaran el estado de filiación, no existe la simultaneidad que exige el art. 847 del C.C. como presupuesto de la nulidad” (SC, Buenos Aires, 3/7/56, “AS”, 1956-IV-58; “JA”, 1956-III-485).

“No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio” (art. 843). El fundamento está dado por el carácter de institución de orden público que reviste la familia y la inalienabilidad inherente a toda cuestión de estado civil⁸.

En primer lugar, es menester dejar en claro que la norma se refiere a transacciones celebradas estando vigente el matrimonio; de otra manera, se podría llegar al absurdo de convalidar una situación de unión de hecho por un simple acuerdo contractual.

En segundo lugar, no debe existir causal alguna de nulidad absoluta tal como la consanguinidad o la subsistencia de vínculo anterior. En estos casos, las razones que dan fundamento a la nulidad debe prevalecer, es impensable la confirmación por vía convencional. Sería, entonces, aplicable la norma únicamente a los supuestos de nulidad relativa.

2.3.4. Obligación de prestar alimentos

La prestación alimentaria tiene la humanitaria finalidad de subvenir a las necesidades del alimentado; por lo tanto es justificable que tal obligación esté fuera del comercio. En consecuencia, los alimentos no pueden ser objeto de transacción (art. 374 del C.C.).

La prohibición está referida a alimentos futuros; en consecuencia, puede transigirse sobre las cuotas de alimentos ya devengadas, desde que no se comprometerían las necesidades del alimentado para lo sucesivo. Esta es la solución que el art. 1453 impone para la cesión de derechos alimentarios y que la doctrina entiende aplicable con carácter general.

El impedimento transaccional no alcanza a los alimentos provenientes de una convención realizada sin que medie la obligación vincular emergente de los arts. 367 y ss.; rige en esta materia el principio de la libertad contractual. Tampoco habría impedimento en transigir sobre la forma de pago de los alimentos o sobre las garantías a darse en seguridad

⁸ “Es nula la transacción por la que marido y mujer convienen distribuirse los bienes y obtener el divorcio conforme a una determinada religión” (CCiv. 1ª Cap., 29/7/37, “JA”, 59-161).

de tal crédito, mientras éste mantenga su integridad y se asegure su percepción del beneficiario.

2.4. De la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Familia

2.4.1. Sobre la autonomía de la voluntad

El punto de partida para describir la autonomía de la voluntad, es el art. 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En el voto de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Barra y Fayt, en la especie resuelta el 6 de abril de 1993⁹ con respecto a la primera oración del artículo que en ella la CN “concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, en cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad, y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa”.

He aquí, en ese señorío de la voluntad, el núcleo de la idea que se busca precisar. Es obvio que hace a la libertad, pues de ella se trata (con exactitud se la describe como “el ámbito de libertad reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades”)¹⁰ y que de ella de la libertad deriva en su definitiva “posibilidad de decidir sin condicionamientos externos”¹¹, con concreta proyección en la disponibilidad de las relaciones jurídicas, generándolas y estableciendo unipersonal o acordadamente con otros, los derechos y obligaciones de su contenido. Gianfelici explica que “la autonomía privada es el poder o potestad atribuido por el ordenamiento jurídico a los particulares de establecer normas

⁹ CSJN, 6-4-93, “Bahamonde, M. s/Medida cautelar”, L.L. 1993-D-125. Ver doctrina de la sentencia de la CSJN, 13-12-96, L.L. 1996-B-35.

¹⁰ Saux, *Los principios Generales del Derecho Civil* s.d., p. 839, II, a.

¹¹ Lorenzetti, *Las normas fundamentales del Derecho Privado* s.d., p.342.

jurídicas para satisfacer intereses privados”¹². Invierte también afinidad o similitud con otros derechos fundamentales, particularmente, con especial importancia en cuestiones de familia, con la intimidad y privacidad y con la solidaridad familiar.

2.4.2. Los límites de la autonomía de la voluntad. El Orden Público

La autonomía personal es limitada. La convivencia con sujetos dotados de titularidad e independencia, exige el respeto mutuo, ceder si es preciso para ordenar y armonizar, y no caben conductas o comportamientos, aun aparentemente dentro de los márgenes de la ley escrita, que violen las fronteras de la moral y contradigan el bien común. El art. 19 de la CN así lo preceptúa equiparando el orden y la moral pública al perjuicio de terceros pues daña a terceros el desorden y la inmoralidad.

Algunas definiciones de Orden Público se refieren a los principios morales, sociales, políticos, económicos, jurídicos, religiosos, de que se estima dependen la existencia y perduración de la sociedad¹³. Borda apela a considerar de orden público aquella cuestión que “responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones privadas de orden privado en las que sólo juega el interés particular”¹⁴. Ello es así porque el interés comprometido es distinto del interés individual.

Las normas de orden público son inderogables por la voluntad personal. Es lo que dispone el art. 21 del Código Civil estableciendo que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto aquellas leyes en cuya observancia estén interesados el Orden Público y las buenas costumbres.

El tema queda circunscripto a preguntarse qué interés protege un determinado precepto y no si dicho precepto es o no de orden público. Esto resultara de aquello.

2.4.3. Autonomía o libertad como principio

¹² Gianfelici, Mario Cesar, *Autonomía privada y Derecho de Familia*, UNL, FCJS, Edición homenaje, Santa Fe, 2001, p.117, N° 1.

¹³ Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, 11 ed., 1984, t. I.

¹⁴ Borda, Guillermo A. *Concepto de ley de orden público*, en L.L. 58-997 y ss., II, 3.

“De libertad lo más posible; de Estado solamente lo necesario y en las opciones duras tiene que utilizarse la presunción a favor de la libertad y la autonomía personal, con una moderada interpretación aplicativa del principio *pro homine* en vez de *pro Estado*”¹⁵.

2.4.4. Sobre si todas las normas de Derecho de Familia son de Orden Público

Borda reconoce la imperatividad de casi todas las normas reguladoras de Derecho de Familia, con aclaraciones análogas sobre el rol de la voluntad en el consentimiento para que se constituya una determinada relación jurídica y el mayor campo acordado a los derechos patrimoniales para que opere la voluntad individual¹⁶.

Belluscio sostiene que si las leyes imperativas son las de aplicación inexorable o las que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares, la casi totalidad de las normas jurídicas familiares son imperativas pues aquéllos no podrían modificar la regulación impuesta por razones de interés social. Admite sólo supuestos excepcionalísimos¹⁷.

Zannoni sostiene que “el acto jurídico familiar no constituye autorregulación autónoma de intereses individuales desvinculados de estatutos legales imperativos, generalmente de orden público, sino que tales criterios aparecen subordinados al concepto superior de interés familiar que inspira dicho instituto”¹⁸. La salvedad de que “gran parte de las normas de Derecho de Familia son de orden público” (no todas ellas) figuran en el párrafo 22 del primer tomo de la tercera edición de su obra.

¹⁵ Bidart Campos, German J., *Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia: ¿para qué, hasta dónde, de qué alcance?*, en *Derecho de Familia* 15-9 y ss., I, Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, Comisión N°1.

¹⁶ Borda, *Tratado de Derecho Civil. Familia*. s.f., t. I.

¹⁷ Belluscio, *Derecho de Familia*, t. I s.d.

¹⁸ Zannoni, *La autonomía privada en la solución de conflictos familiares*, en *Derecho de Familia*, Santa Fe, 1990.

2.4.5. Tendencia a una mayor aceptación de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia

2.4.6. La doctrina

Fueron tratadas “La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales de familia” (XVII Jornadas, Santa Fe, 1999) y “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia” (XIX Jornadas, Rosario, 2003).

Las conclusiones finales son proclives a la admisión de la autonomía de la voluntad no absoluta. Las Jornadas Santafesinas culminaron con dos despachos opuestos en cuanto a aceptar o rechazar la opción entre más de un régimen patrimonial pues se sostuvo que debe mantenerse el régimen único, legal, forzoso e inmodificable, actualmente vigente, y asimismo se sostuvo que los cónyuges deben tener la facultad de optar por un régimen distinto del legal supletorio que debe seguir siendo el de comunidad de gananciales. Fue opinión unánime que “Teniendo en cuenta los fines de la familia, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio, la ley debe prever un sistema de normas de orden público que asegure la igualdad de los cónyuges, la protección de la vivienda familiar y de los muebles que componen el ajuar, la contribución a las cargas de familia y la responsabilidad solidaria de los cónyuges por estas”.

De las Jornadas rosarinas se pueden subrayar las conclusiones generales (1, A, B y D): “Las reglas que garantizan la igualdad, la solidaridad y responsabilidad familiar y la protección de los hijos deben considerarse de orden público. Es necesario armonizar el derecho a organizar y desarrollar la vida íntima familiar con dichos principios” (unanimidad); “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el art. 19 de la CN, y consecuentemente, a la noción de orden público vigente en una época y sociedad determinadas” (mayoría).

En el X Congreso Internacional de Mendoza (1998), no faltó su pronunciamiento al respecto en las conclusiones de la Comisión N° 1. “Como hechos relevantes de estos cambios paradigmáticos, se señala que la autonomía de la voluntad no se contrapone con la

afirmación del orden público en el Derecho de Familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella. De allí se desprende que, aunque la autonomía de la voluntad y orden público se encuentran en tensión permanente, no constituyen términos excluyentes en un Estado democrático de Derecho. Este principio de autonomía de la voluntad individual en el Derecho de Familia está necesariamente unido al preeminente principio de solidaridad familiar, principio que nos obliga a revisar y ajustar el Derecho de Familia desde su consideración primordial”.

Se ha señalado, la tendencia a la privacidad de las cuestiones familiares y la correlativa disminución de los sectores que pueden calificarse de orden público con el resultado de un natural despliegue de éste en el Derecho de Familia. Pareciera que se ha convertido en un valor supremo el amparo del pluralismo, objetivándolo en permitir a cada individuo un manejo autónomo de sus asuntos familiares¹⁹.

2.4.7. La legislación

2.4.8. Relaciones conyugales

2.4.9. En lo patrimonial matrimonial

Dado el panorama del Derecho vigente, aparece más característica la imperatividad de la preceptiva en los aspectos patrimoniales que en los personales de las relaciones matrimoniales. Muchos importantes contratos están expresamente prohibidos entre cónyuges, las convenciones nupciales se encuentran reducidas a su mínima expresión y el régimen patrimonial- matrimonial es obligatorio.

a) Convenios de liquidación y partición de la “sociedad conyugal”. Es frecuente que los esposos quieran acordar convencionalmente algunos aspectos relativos a la liquidación y partición de la “sociedad conyugal” por encontrarse separados de hecho o enfrentar un juicio de separación personal o divorcio.

¹⁹ Mizrahi, Mauricio Luis, *Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores*, en L.L. 2003-F-1146 y su ponencia a las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de ponencias II, Rosario, 2003, ps. 222 y ss.

El art. 236 del C.C., redacción de la ley 23.515, que establece el trámite de la separación personal y el divorcio por presentación conjunta (art. 205 y 215), dispone que la demanda conjunta podrá contener acuerdo sobre determinados aspectos que enuncia, y agrega: “También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria”. El convenio tiene la naturaleza jurídica de una liquidación y partición anticipadas y doblemente condicionadas: a la homologación judicial y al dictado de la sentencia de separación personal o divorcio, *conditio iuris* o requisito de eficacia legal²⁰. No es un proyecto aunque puede ser objetado porque los cambios sugeridos por el juez resultarán de la voluntad de los esposos aunque no de su iniciativa. Esa naturaleza jurídica ha sido captada por los tribunales que han opinado, por ejemplo, que “Tocante a la naturaleza jurídica del convenio, se trata de una liquidación y partición de las sociedad conyugal, de carácter anticipado, vinculante para las partes, sujeta al requisito del dictado de la sentencia de separación personal o divorcio vincular, disolutoria de la sociedad conyugal, que le confiere eficacia legal a esos efectos. Desde tal óptica, el convenio es un negocio válido sujeto a dos requisitos legales de eficacia, acumulativos, consistentes en el pronunciamiento de la sentencia de separación personal o divorcio –que asegura la extinción del régimen patrimonial del matrimonio- y la homologación de aquél”²¹.

La homologación judicial confiere al convenio la intangibilidad propia de la partición judicial.

b) La partición privada. La partición mixta. La partición privada de los gananciales procede por la aplicación a la partición de la sociedad conyugal de la normativa de la partición de herencia (arts. 1313, 1788 y 2698), partición que se formaliza por escritura pública (art. 1184 inc. 2º). La partición mixta se formaliza por instrumento privado presentado al juez de la separación personal, el divorcio, la separación de bienes o la sucesión (ídem).

²⁰ Ver voto de Alberto Bueres: CNCiv., en pleno, 21-12-82, L.L. 1983-A-483 (el voto en p.491). El plenario aplicó el art. 67 bis de la derogada ley 2393.

²¹ CNCiv., sala H, 22-9-97, L.L. 1998-C-13.

2.4.10. En el matrimonio en sí mismo

Zannoni ha estudiado la singularidad de las vicisitudes familiares ante el conflicto y opina que “la existencia de un ámbito, reconocido por la ley, de autonomía en orden a efectos atinentes a soluciones que el conflicto familiar determina, se ha impuesto, y sigue afianzándose como directiva en las legislaciones más modernas, al advertirse que el conflicto exige reordenar, con vistas al futuro, los roles de los miembros de la familia que lo protagonizan. Diríamos, que el conflicto, la crisis, aconseja, más que una ley imperativa o un juez que la aplique, una comunicación que genera acuerdos mutuos coordinando la conducta de las partes (cónyuges, padres e hijos, etc.)”, concluyendo en que esto revela “porqué, en la legislación, se tiende cada vez más a posibilitar acuerdos o convenios que constituyan el marco de referencia de deberes y derechos”²².

La legislación argentina vigente ha tratado de lograr el equilibrio entre voluntad personal e imperatividad y así han de ser interpretados sus contenidos que apelan a aquélla.

2.4.11. Relaciones paterno-materno-filiales

2.4.12. En ejercicio de la patria potestad

La patria potestad conjunta o indistinta organizada por la ley 23.264 apela a su ejercicio por el padre y la madre y confía en su acuerdo en los múltiples aspectos que regula el C. C. con la redacción impuesta por aquella. Para suplir el desacuerdo recurre a la intervención judicial según el art. 264 ter. En algún supuesto en particular atribuye a la voluntad de los progenitores facultades generadoras de efectos legalmente establecidos.

a) Convenios en el trámite de la separación personal o el divorcio por presentación conjunta. Varias facetas de las relaciones paterno-filiales son encaradas en la enunciación de los convenios a disponer por los padres en trámite de separación personal o divorcio por presentación conjunta: pueden acordar la tenencia de los hijos, el régimen de visitas y los alimentos a pasarles y además la atribución del hogar conyugal incide en la situación legal y fáctica de los hijos menores (art. 236). Estos acuerdos participan de la caracterización del

²² Zannoni, *Derecho de Familia*, t. I., s.d.

resto de los previstos en el artículo para las relaciones matrimoniales. No es obligatorio que se realicen; el control judicial puede expresarse en objeciones a lo propuesto por los progenitores basándose en el bienestar de los hijos”, como reza el artículo. Pueden ser modificados ante las observaciones judiciales o también espontáneamente. Finalmente depende de la homologación judicial generalmente contemporánea con la sentencia. Si no han sido convenidos durante el trámite, serán fijados la tenencia, visitas y alimentos aparte, judicialmente, con audiencia de los padres y de los menores que deben ser oídos. La falta de homologación judicial del convenio sobre alimentos no le quita fuerza de ley²³.

En general, por la especialidad de sus contenidos, todos estos convenios son susceptibles de cambios si lo imponen nuevas circunstancias.

b) Designación de guardador de los hijos extramatrimoniales. El inciso 5º del art. 264 del C.C. atribuye a los progenitores no convivientes que han reconocido al hijo común, la facultad de convenir la guarda del mismo.

2.4.13. Convenio privado de regulación alimentaria entre cónyuges convivientes

EL convenio alimentario y en normal convivencia es de discutible procedencia. Lo objetan Mazzinghi y Belluscio²⁴ con concordantes fundamentos y resultados en la nulidad del acuerdo. Mazzinghi se basa en la prohibición de convenciones entre cónyuges en los términos de los arts. 1218 y 1219 y Belluscio en que constituiría una pretensión de reglamentar derechos-deberes nacidos del matrimonio con regulación impuesta por normas legales sustraídas a la voluntad de los esposos. Pero este último acepta la validez en el matrimonio desquiciado y, el primero, su valor indiciario de las necesidades y recursos de las partes. Cabe la alternativa de que el tribunal requerido aceptara homologarlo, por lo tanto, cualquier efecto que pretendiera tenerlo como apoyo requeriría la prueba de su autenticidad.

La autonomía de la voluntad opera, a favor de la exigibilidad del acuerdo susceptible, es lógico, de demostrarse fehacientemente, porque parte del derecho-deber

²³ CNCiv., sala I, 27-10-94, E.D. 161-128, con nota de Lamberti, Silvio y Sanchez, Aurora, *La fuerza ejecutiva del convenio de alimentos no homologados*.

²⁴ Mazzinghi, *Derecho de Familia*, t. 2, s.d., Belluscio, *Derecho de Familia*, t. II.

legal, el que no establece, limitándose a disponer modalidades de su satisfacción (monto, cumplimiento es especie o en dinero, etc.). No convendría rechazarlo si son él se intentan superarse dificultades de la convivencia que pudieran llevar a resoluciones más graves.

2.4.14. Convenio de regulación alimentaria entre cónyuges separados de hecho, separados personalmente, divorciados.

La opinión favorable a la validez llega a los convenios alimentarios pactados entre esposos separados de hecho con fundamento en el matrimonio que perdura entre ellos. No afectan el orden público sin que medien razones para cuestionar su validez mientras no sean impugnados por las partes con causas validas, con homologación judicial para que sean ejecutados judicialmente. Tanto para éstos como para los convenios privados acordados entre cónyuges ya separados personalmente o divorciados, cabe predicar la autonomía de la voluntad que incluso prescinde del requisito de la homologación judicial²⁵, siempre que no sean impugnados por injustos o por haber acaecido un cambio en las circunstancias bajo las cuales fueron acordados.

2.4.15. En lo patrimonial matrimonial

2.4.16. Aspectos relativos a la liquidación y partición de los gananciales

a) Ampliación de la admisibilidad de los convenios previos. Los convenios previos son admitidos en cuanto a la liquidación y partición de la sociedad conyugal en el trámite de la separación personal o el divorcio por presentación conjunta (art. 236 C.C.). ¿Cabe admitirlo en el proceso contencioso? La respuesta asertiva al interrogante no cuenta con apoyo jurisprudencial. No obstante, son admisibles porque ese ejercicio de la autonomía de los esposos no contradice el orden público, responde a la misma finalidad de los convenios en el trámite de presentación conjunta y equivale a la partición privada a la que solamente anticipa en el tiempo pero no en la eficacia, no mediando razones para distinguir según la vía procesal elegida por los cónyuges. Belluscio se manifiesta favorable a su validez

²⁵ En contra SPOTA, *Tratado de Derecho de Familia*, t. II, vol., ps. 204 a 206 cit. Por Belluscio, *Derecho de Familia*, t. II, p. 372. S.d.

invocando la opinión de Guaglialmone compartida por Grosman y Minyersky siempre, corresponde, dependiendo la eficacia de la extinción del régimen patrimonial matrimonial.

b) Facultades de los cónyuges en la partición privada. El art. 1315 dispone que los gananciales se dividen por partes iguales entre marido y mujer. La partición judicial y extrajudicial que requieren ser homologadas han de ajustarse a la partición por mitades. Es razonable, que los cónyuges sean admitidos a pactar lo contrario debido a que el orden público no está comprometido por esta libertad de concertación.

Los divorciados son libres en la partición, ya sea para admitir porciones desiguales como para efectuar compensaciones en dinero o en otros bienes que hagan posible la división igualitaria o totalmente satisfactoria de sus intereses.

2.4.17. En las relaciones paterno-materno-filiales

2.4.18. Ejercicio conjunto de la patria potestad cuando correspondería el unipersonal

La ley no prohíbe la tenencia conjunta sino que sencillamente no legisla, y la ausencia de normas no permite olvidar que “los niños necesitan siempre a ambos padres. Lo contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos”. Si se creyera que la ley impide el otorgamiento de la tenencia conjunta, la Convención se impondría dado el interés superior del niño²⁶.

Según las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *de lege lata*, “Los acuerdos de tenencia compartida no violan el orden público, sin perjuicio del control judicial en cada caso relativo al respeto de los derechos constitucionales de las partes involucradas. La función estatal a través del órgano jurisdiccional debe limitarse a controlar que el interés del menor de edad sea el que prive en dichos acuerdos” (mayoría). Además se propuso, *de lege ferenda*, la incorporación expresa a la legislación de la tenencia compartida.

²⁶ Sentencia de la sala J de la CNCiv. Con voto de la Dra. Zulema Wilde 24-11-98.

2.4.19. Convenios sobre tenencia, régimen de visitas, alimentos fuera de la separación personal y el divorcio por presentación conjunta

Las referencias a los acuerdos de los padres sobre tenencia, visitas y alimentos de los hijos contenidas en el trámite legal de la separación personal y el divorcio por presentación conjunta no han de considerarse exclusivas de esa vía procesal. Sin duda, los acuerdos de padre y madre sobre tales cuestiones, celebrados y a cumplirse durante la separación fáctica de los progenitores, previos al proceso separatista o divorcista, durante el mismo o posteriormente a la sentencia serán bienvenidos por el tribunal convocado a efectivizar su cumplimiento a falta del espontáneo de los obligados. Los jueces la apreciarán y valorarán, junto a la atención debida a los menores, para homologarlos, o no, pendiente el juicio o ya concluido, siempre con la provisoriedad que caracteriza a esta especie de resoluciones. Las directivas del art. 206, segundo párrafo, son aplicables a falta de acuerdo de los padres, el que, dándose, debe ser privilegiado por el juzgador.

La Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, en pleno y por mayoría, resolvió a favor de la procedencia de homologar un convenio sobre tenencia de hijos, visitas y alimentos, acordado por los padres extrajudicialmente, al margen de controversia, y solicitado recurriendo a un trámite de jurisdicción voluntaria, y así lo hizo, Osvaldo Onofre Álvarez, comentando la sentencia, la ha señalado como un avance de la autonomía de la voluntad en Derecho de Familia²⁷.

²⁷ 10-7-97, E.D. 181-306, con nota de Álvarez, Osvaldo Onofre, *Un nuevo avance en la autonomía de la voluntad en Derecho de Familia*.

3. Mediación Familiar: El Mediador y los Intereses en Juego en la Mediación

3.1. El Interés de las Partes y el Menor, Familiar y General

a) Presupuestos básicos

3.2. Nuevas organizaciones familiares

Intentar una aproximación al tema de la mediación familiar quizá suponga, en primer lugar, un cambio en la forma de ver instituciones que, aparentemente, no registraron grandes modificaciones durante largo tiempo.

Es cierto que la familia es una de las instituciones humanas más estables, pero resulta difícil mantener la hipótesis de la institución universal inmutable.

Señala Diez Picazo²⁸ que

(...) la familia presupone una determinada manera de organización, unas determinadas pautas de comportamiento, unas reglas y unas ideas, que son evidentemente culturales y que están sometidas a constante evolución. Por ello, acaso más exacto que hablar de familia, como un género de institución universal y única, fuera de hablar de familias, para designar diferentes modelos culturales, con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado, y a los cuales han ajustado su comportamiento en las diferentes épocas de la historia en las diferentes regiones del planeta.

Cualquiera sea la postura ideológica que adoptemos a cerca del modelo –único o plural-, de lo que no cabe dudas es de la función matricial de la familia con relación al infante humano.

Nos referiremos a la familia que tiene entidad real, más allá de la normativa jurídica en un tiempo y un lugar determinados. A la familia concreta que va cumpliendo su ciclo a través de etapas, previsibles o no –entre las cuales está el divorcio- y que necesita

²⁸ Diez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Buenos Aires. Tecnos, 1978, vol. IV, pág. 37.

incorporar aprendizajes y tareas nuevas indispensables para evitar un estancamiento evolutivo.

La crisis como momento de cambio y de mucha vulnerabilidad será la oportunidad de reorganización de la familia, de manera de asegurar su continuidad de funciones esenciales para los menores, que la estructura protege y alberga.

Quizá el primer esfuerzo para cambiar esta mirada radique en reubicar a la familia de funcionamiento, que coexisten en la sociedad actual.

3.3. El ámbito de la autonomía de la voluntad

El segundo gran cambio –significativo para los que llegan al campo de la mediación teniendo al derecho como disciplina de origen- es aceptar como particularmente valiosa la tendencia a atribuir a la libertad de los particulares la toma de decisiones en su vida matrimonial, incluida la separación como una decisión privada, que se encuentra dentro de su esfera de autonomía y que excluye la injerencia de un tercero para imponerles ciertas medidas al respecto.

Tradicionalmente, el orden público y autonomía de la voluntad se analizan como conceptos contrapuestos que operan en diferentes campos, y se describe como una de las características peculiares del Derecho de Familia una mayor restricción de la autonomía de la voluntad que en otras ramas del Derecho Civil, pues casi todas sus normas son imperativas²⁹.

Gradualmente, se han ido introduciendo cambios en orden a permitir a los individuos trazar el mapa de su futuro, anudando acuerdos homologables en cuanto a los efectos personales y patrimoniales de la relación de familia.

²⁹ Belluscio, César Augusto, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 1991, t.1, pág 29.

3.4. Divorcio sin culpas

La idea enunciada presupone desvincular la regulación de los efectos personales y patrimoniales del divorcio de la noción de culpabilidad y relacionarla más bien con las necesidades de los miembros de la familia y las capacidades existentes para satisfacerlas.

Los alimentos o la guarda de los hijos dejan, desde esta perspectiva, de visualizarse como premios para el cónyuge declarado inocente en el divorcio, que pueden perderse en función de la conducta que se observe, para cobrar entidad autónoma como temas para resolver en la reorganización de las relaciones familiares en una etapa distinta de su ciclo vital.

Partir de la idea de un divorcio sin culpables no significa inexistencia de responsabilidad sino igualdad de las partes frente a la posible solución del conflicto.

3.5. Conyugalidad y parentalidad

Ambas problemáticas, la de la Conyugalidad y la parentalidad, se relacionan al punto que los logros con respecto a los hijos reafirman el vínculo conyugal, en tanto que los fracasos en la parentalidad pueden llegar a resentirlo.

No obstante la ruptura de la pareja conyugal, el mantenimiento o la reparación de la sociedad parental es lo que permitirá la reorganización de la familia en la nueva etapa.

Se trata de una palanca terapéutica indispensable para los hijos y buena para los adultos, ya que neutraliza la amargura del fracaso matrimonial.

3.6. Coparentalidad

El sistema parental es indisoluble.

Para satisfacer el mejor interés del niño, se necesitan ambos padres presentes, que mantengan el mejor intercambio posible entre sí, para acompañar el proceso de crecimiento y educación del hijo hasta el logro de su plena autonomía.

Es indispensable poder pensar el lugar de los padres en términos de paridad, aun cuando desde el sistema legal se disponga una tenencia uniparental.

El riesgo es que quien ejerce la tenencia esté instaurado jerárquicamente y se sienta superior. Tiene una posición de privilegio, y esto genera un desbalance en la posibilidad de la Coparentalidad.

Un padre des-jerarquizado produce problema en los niños, como toda situación de superioridad e inferioridad.

3.7. Objetivos de la Mediación Familiar

Inscribir el conflicto en un marco de cooperación, en vistas no a la disolución de una familia sino a su reorganización, atribuyendo a las partes la posibilidad de reglar sus relaciones futuras, es el propósito de la mediación familiar.

La necesidad, sentida por los mismos jueces, de favorecer el logro de soluciones consensuadas ha contribuido al nacimiento de la mediación familiar y al desarrollo de las primeras experiencias en el ámbito judicial.

Desde la postura de tercero investido de poder, propia de la función judicial: “El juez va advirtiendo que no es eficaz limitarse a declarar el derecho no respetado de algún miembro quejoso, que no sirven casi las sentencias dictadas en un proceso ritual con adecuada defensa y publicidad. Por más sujeto a la ley que sea ese fallo y por más completa que sea esa prueba. En definitiva, sólo es útil un juez que se instale con su imperio en medio de la crisis de la familia, y la apoye, acompañe y entrene en el proceso de organización o reorganización en que se encuentra. Sólo este proceso es el que garantizará la efectividad del derecho de cada uno de los miembros de la familia dentro de ella”.³⁰

³⁰ Cárdenas, Eduardo José, *La familia y el sistema judicial. Una experiencia innovadora*, Buenos Aires, 1998, citado en Cárdenas, Eduardo José, “Reflexiones sobre lo interdisciplinario y lo intersistémico, con aplicaciones a los juzgados de familia y otras instituciones”, en *Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, nº 3, págs. 67 a 76, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.

Un objetivo básico de la mediación familiar es lograr no tanto un acuerdo sino la colaboración a través de un acuerdo. El espíritu de cooperación y la comunicación es un aprendizaje para el futuro de la familia que se reorganiza.

Por eso el objetivo no es tanto formalizar un acuerdo que regule relaciones de las partes, sino plasmar una sociedad parental para la nueva etapa familiar.

3.8. Una definición de la mediación familiar

Desde una perspectiva amplia, la mediación se puede presentar como un procedimiento no judicial de regulación, y no necesariamente de resolución de los conflictos familiares que implica la intervención de un tercero imparcial, que guía a las partes, estableciendo comunicación entre ellos, para que estas encuentren por sí mismas la base de un acuerdo, que contribuirá a poner fin al conflicto (en este caso se estaría cerca de la conciliación), o bien a manejarlo y buscar una salida judicial. El mediador familiar, no es entonces un conciliador familiar y tampoco ocupa el lugar del juez.

Se trata de una actividad práctica, destinada a facilitar el diálogo con el objeto de redefinir y resolver los problemas de reorganización de la familia, en un momento de crisis, como una forma de atribuir a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones al respecto.

Esta caracterización como actividad práctica, con un objetivo definido, con tareas precisas a cumplir, en plazos determinados, permite diferenciarla del ámbito terapéutico

La mediación es un proceso de cooperación, en vista a la resolución de un conflicto, en el que un tercero imparcial es solicitado por los protagonistas para que los ayude a encontrar un acuerdo satisfactorio.³¹

³¹ Kelly, Joan B., "The mediation process and role: comparisons to therapy", *Group Analysis*, vol. 21, 1988, págs.. 21-35, citado en Bastard Benoit y Cardia-Vonèche, Laura, *Le divorce autrement: la médiation familiale*, Syron Alternatives, Collection Alternatives Sociales, série Analyse, París, 1990.

Es una actividad práctica destinada a facilitar el diálogo a fin de redefinir y resolver los problemas de reorganización familiar, como un medio de atribuir a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones al respecto.

Se trata de lograr las condiciones para una resolución constructiva del conflicto. El mediador –desprovisto de poder- facilita un diálogo controlando el proceso, manteniendo un clima desapasionado, llamando la atención sobre las necesidades de los niños, equilibrando el poder de las partes.

Existen tareas concretas a realizar en tiempos también acotados: identificar los problemas a resolver, definir las reglas según las cuales se va a negociar, replantear los conflictos y a abordarlos hasta producir un acuerdo satisfactorio para las partes pero sin intervenir en la elaboración de la decisión.

Caracterizar la mediación como una actividad práctica, con un objetivo definido, con tareas precisas y tiempos acotados para realizarlas, permite diferenciarla del ámbito terapéutico.

La práctica de la mediación supone³² capacidad de escucha y registro y manejo de los problemas emocionales que se desplegarán durante el proceso, pero pone el acento en la producción de decisiones tendientes a lograr un acuerdo, con miras al futuro.

3.9. Importancia de la Mediación Familiar

Los asuntos de familia, se caracterizan por su alto contenido afectivo, por la existencia de causas generadoras del conflicto en ocasiones de antigua data, y por la necesidad del mantenimiento del vínculo entre las partes. El método del litigio judicial, que incorpora un sistema de ataque y defensa, e incluso de prueba sobre aspectos muy íntimos de la familia, trae como consecuencia una profundización del conflicto.

El interior del grupo familiar, es una red de vínculos relacionados emocionalmente: vínculos de pareja, paternos, filiales, entre hermanos y otros. Estos vínculos ofician de canales y son vehículos de todo tipo de intercambios en ambas direcciones. El grupo

³² Como el abordaje terapéutico.

familiar cumple varias funciones: matriarcal, de humanización, de individualización o identificación y socializadora.

Esta familia que tiene entidad real, más allá de la normativa jurídica en un tiempo y lugar determinados, que va cumpliendo su ciclo vital a través de etapas, previsibles o no - entre las cuales está la ruptura matrimonial o el divorcio- necesita incorporar aprendizajes y tareas nuevas indispensables para evitar un estancamiento evolutivo.

La crisis como momento de cambio y de mucha vulnerabilidad será la oportunidad de reorganización de la familia, de manera de asegurar su continuidad en las funciones consideradas esenciales para los menores.

Por lo que a través de la mediación se pretende inscribir el conflicto en un marco de cooperación, en vistas a la reorganización familiar, entregándole a las partes la posibilidad de reglar sus relaciones futuras. Se trata de un cambio de actitud favorecido por el alto grado de insatisfacción que produce, para los operadores del derecho que intervienen, imponer soluciones elaboradas sin la participación de aquellos directa o indirectamente afectados. La necesidad, sentida por los mismos jueces, de favorecer el logro de soluciones consensuadas ha contribuido al nacimiento de la mediación familiar y al desarrollo de las primeras experiencias en el ámbito judicial.

3.10. El Mediador Familiar

3.10.1. Perfil del Mediador

Son necesarias las siguientes capacidades: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) *capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de la problemática familiar*; e) poseedor de una seria intención de ayudar; f) hábil para las comunicaciones; g) flexible; h) neutral; i) imparcialidad; j) sigiloso (respeto de la confidencialidad y de las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); k) creativo; l) paciente; ll) conciliador.

Para Haynes³³, el mediador debe ayudar a las partes a aceptarle como alguien que:

“- *está comprometido con la negociación, no con persona alguna;*

“- *es equilibrado respecto de las personas participantes;*

“- *controla el proceso mientras pueda gestionar los contenidos traídos al mismo, por las partes;*

“- *no acepta definiciones unilaterales del problema;*

“- *les ayuda a desarrollar opciones para resolver, y*

“- *no guarda secretos para ninguno de los intervinientes”.*

3.10.2. Disciplina de Origen

La actividad del mediador requiere capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de la problemática familiar.

No es prudente privilegiar una profesión de origen como más apta para la formación del mediador. Todas aquellas disciplinas que contribuyen al conocimiento de la familia aportan distintos puntos de vista o enfoques.

El abordaje de esta especialización requiere no solamente adquirir una capacitación específica sino también clarificar los temas o el campo de trabajo que diferencian la mediación del ejercicio de la abogacía, la terapia o el trabajo social.

Los abogados tienen y han tenido siempre un rol importante en la negociación de acuerdos que regulan los efectos de un divorcio. Pero el abogado de parte, que asegura la defensa de los intereses de su cliente en la negociación de un acuerdo, muchas veces no hace sino subrayar el carácter contradictorio del proceso de divorcio y trabaja para evitar el riesgo de que los intereses de su cliente se vean lesionados por el acuerdo.

³³ DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación. Mediación Familiar y Patrimonial. Conciliación Laboral*. Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot, 1997. P. 477.

Esta perspectiva es totalmente diferente de la del mediador, que se propone, en un marco cooperativo, facilitar la producción de un acuerdo que satisfaga las necesidades de ambas partes, desde una perspectiva imparcial y desprovista de poder.

Se ha sostenido que los abogados especialistas en derecho de familia con formación interdisciplinaria podría lograr el efecto de la mediación patrocinando independientemente a cada cónyuge, si pudiera focalizar el interés de los padres en las necesidades de los hijos.

Los terapeutas, y en particular los terapeutas familiares, tendrán sin duda un mayor desarrollo en las habilidades de escucha, re traducción de requerimientos, parafraseo, técnicas de reformulación, re significación y normalización, pero esta tarea deberá acotarse en función del objetivo propio de la mediación: facilitar la comunicación en miras a la producción de un acuerdo.

Con relación a los trabajadores sociales, acostumbrados también a desempeñarse en el campo de la problemática familiar, pero desde otra perspectiva, sobre todo cuando realizan tareas de orden judicial, reuniendo información para ayudar al tribunal a decidir. Quizá lo más conflictivo puede ser el eventual desplazamiento de un rol a otro: que las partes sean remitidas por el juzgado para que el trabajador social intente una solución acordada y en su defecto, realice una evaluación de su situación elaborando un diagnóstico como profesional experto. Estos dos mandatos son incompatibles.

En el ámbito de la mediación privada, “la expectativa de los participantes definirá que recurran a un terapeuta o a un abogado en el ejercicio del rol de mediador, quienes pondrán el énfasis en el conflicto subyacente o en el manifiesto, respectivamente”³⁴.

3.10.3. Ámbito de aplicación de esta particular Mediación

La Mediación Familiar está limitada en su aplicación a los conflictos o crisis que se producen en primer lugar, en el seno de la familia, entendiendo por ésta aquella que se halla unida por vínculos consanguíneos o matrimonio, y en segundo lugar, entre personas que

³⁴³⁴ WAGMAISTER, Adriana Mónica, “Mediación Familiar”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.

tienen o han tenido relaciones familiares semejantes a las determinadas por la legislación nacional.

3.10.4. Comediación: una mirada interdisciplinaria

El aporte enriquecedor de las distintas disciplinas es uno de los alicientes para implementar la Comediación. Intercambiar e integrar habilidades optimizará la prestación del servicio solicitado por las partes.

La pareja comediadora muestra a las partes en conflicto un modelo comunicacional diferente, un modelo de cómo relacionarse de forma colaborativa para el logro de un fin común.

El modelo de Comediación sirve para reflejar todas las diferencias (raza, género, inteligencia, poder económico, idioma, cultura), permitiendo que cada parte se identifique con un mediador.

El interjuego de roles y la cooperación espontánea mostrarán un vínculo cómodo y flexible, pero al mismo tiempo firme y con capacidad para actuar en equipo. Por eso es importante diseñar dentro del equipo las técnicas que se van a utilizar. La Comediación proporciona a las partes que se encuentran en conflicto la tranquilizadora sensación de que puedan confiar en los mediadores.

3.10.5. El rol del Mediador Familiar

Existen posturas diferentes. No sólo se trabaja con modelos distintos, sino con estilos personales diversos y con formaciones que provienen de variadas escuelas, enfoques o perspectivas, aun dentro de la misma disciplina de origen.

Algunos sostienen que el mediador –más allá de un facilitador del diálogo que ayuda a las partes para redefinir y resolver ellas mismas su conflicto promoviendo la producción de un acuerdo satisfactorio para ambos- “da una guía imparcial con criterio objetivo, presentando nuevas perspectivas y equilibrando el poder a través de opciones para una ganancia mutua, [...] guía selectivamente a las partes, esto significa que si bien lo hace

en virtud de lo que es posible para esa familia, enfatizará lo socialmente preferible e inhibirá lo desfavorable”³⁵.

En su curso de introducción a las técnicas de mediación para el divorcio, en el marco de la especialización en Derecho de Familia, el doctor Herscovici ha afirmado que el mediador es un tercero que tiene que representar a la familia, ya que si bien se debe salvaguardar el interés de las partes, el interés de la familia no es la suma de los intereses de los individuos que la componen. El mediador debe tener la perspectiva de cómo garantizar la continuidad de la familia³⁶, independientemente de que el menor sea el foco de discusión en el conflicto. No cualquier acuerdo es viable. Algunos son más cumplibles y saludables que otros porque tienen en cuenta la evolutiva familiar. Y, en este sentido, ciertas regularidades en la familia permiten al mediador predecir a favor o en contra de la viabilidad del acuerdo. El entrenamiento del mediador le permite saber qué cambio es bueno. Hay una normativa en el divorcio. Hay tiempos y caminos mejores o peores de llevar adelante el proceso. Hay ciertas normas que si se transgreden tienen su costo familiar.

Desde una perspectiva diferente, otros mediadores consideran que la solución de los problemas es un proceso creativo en el que el papel del mediador es concentrarse en el proceso, en tanto que las partes en conflicto deben aportar la creatividad. Mientras que desde la postura expresada anteriormente se sugieren ideas, desde esta otra se fijan límites estrictos al respecto.

Si de lo que se trata es capacitar a las partes en conflicto para que asuman su responsabilidad ante la situación, deben ser ellas las que brinden las respuestas. Las personas se sienten más comprometidas cuando han generado ellas mismas las ideas. Además, siempre existe la posibilidad de que una idea del mediador les parezca tendenciosa³⁷.

³⁵ WAGMAISTER, A.M., ob. Cit.

³⁶ En cuanto estructura que alberga a los menores.

³⁷ ACLAND, Andrew F., *Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona, Paidós, 1993

Esto no significa que el mediador -actuando dentro de su rol- no aliente a cada una de las partes a evaluar las propuestas o que no ayude a elaborarlas de un modo que resulten aceptables. Igualmente, deberá poder determinar si una propuesta resulta operativa y dilucidar si tiene o no probabilidades de resultar aceptable no sólo para quienes se encuentran presentes en la mediación sino también para “los que se quedaron en casa”.

3.11. Algunos Problemas a debatir en el Campo de la Mediación Familiar

Existen problemas cuya dilucidación supone un debate profundo. A continuación se enunciarán algunos de mayor preocupación para los autores consultados.

3.11.1. Conflictos mediables y no mediables

El orden público es aquel diferenciado de aquel en el que los particulares pueden regular libremente sus relaciones mediante acuerdos de voluntad vinculantes para las partes.

El Derecho de Familia se caracteriza como una rama del Derecho Civil, en la que se encuentra particularmente restringida la autonomía de la voluntad.

¿Existen en el Derecho de Familia conflictos en los cuales el interés superior del orden público determine que ellos no sean susceptibles de ser mediados? Tal sería el supuesto de filiación o adopción.

Cuando lo que está en juego es el derecho personalísimo a la identidad de un menor, no es posible dejarlo librado a la voluntad de las partes, por satisfactorio que resulte para ellas el acuerdo al cual arriben.

Aunque no pueda realizarse un acuerdo sobre el fondo de la cuestión planteada, sí es posible acordar total o parcialmente sobre aspectos formales que conduzcan a la resolución pacífica del conflicto, por carriles consensuados y con un menor desgaste de la relación entre las partes.

No debe descartarse la alternativa de mediar todos aquellos aspectos que contribuyan a arribar al resultado querido por la ley en la forma más colaborativa y consensuada posible.

3.11.2. El interés del menor

¿Cuál es el lugar que podemos darle al niño en el proceso de la mediación?

Cuando se ventila un conflicto que directa o indirectamente atañe al interés del menor en sede judicial, la intervención del Asesor de Menores y la decisión del juez obrarán en orden a su protección.

¿Le cabe al mediador³⁸ ser guardián de los intereses del menor?

¿Es posible afirmar, como lo hace la Corte Suprema de California (E.E.U.U.), que: “Los intereses de los niños difícilmente van a ser contrarios a aquellos de los adultos que han elegido traerlos al mundo. De tal forma, al respetar los planes y expectativas de los adultos que serán responsables del bienestar del niño, resulta probable que ello tenga como correlato resultados positivos tanto para los padres como para los niños?”³⁹.

El interés de los hijos se juzgará inevitablemente según el criterio de los adultos⁴⁰, por lo que cabe en realidad preguntarse, cualquiera que sea el marco en el que se solucione el conflicto que los involucra, qué intereses son los que prevalecen finalmente.

La idea que prevalece actualmente es vigorizar el derecho a la dignidad humana. Se verifica un mayor control de los poderes públicos en un área selectiva, cual es la defensa y la protección de los niños.

El criterio jurisprudencial predominante meritúa la palabra de los progenitores, ya que “el sistema general del Código es confiar en el criterio y en las decisiones de los

³⁸ Tercero imparcial desprovisto de autoridad que facilita la comunicación entre las partes actuando como agente de cambio y de realidad.

³⁹ Suprema Corte de California (E.E.U.U.) 20/05/93 – Johnson v. Calvert – 1993 WL 167739 (Cal.), publicado en *Jurisprudencia Argentina*, Jurisprudencia anotada, Buenos Aires, marzo 22 de 1995, N° 5925.

⁴⁰ Padres u órganos jurisdiccionales.

padres”, en cuanto éstos son los “primeros intérpretes del interés del hijo” y los “principales interesados” en su felicidad⁴¹.

Los órganos jurisdiccionales no pueden avalar indiscriminadamente lo que los padres estipulen en relación con sus hijos, sin darles la correspondiente intervención ya sea de forma personal, ya sea a través del Ministerio de Menores que los representa promiscuamente con sus padres.

Existen dos hipótesis diferentes: la de dos adultos capaces, que de acuerdo con el criterio prevaleciente de permitir el despliegue de la autonomía de la voluntad regulan las cuestiones familiares –personales o patrimoniales- relativas al vínculo que los une, sin afectar a terceros, y la de los acuerdos que directa o indirectamente involucran a los hijos cuya propia autonomía no puede ser menoscabada para reafirmar la de sus progenitores.

La mediación del órgano jurisdiccional, más que constituir una propuesta heterónoma es, en puridad, una acción dirigida a defender la autonomía personal e intimidad de cada uno de los integrantes de la agrupación familiar. A dicho fin apuntará, la canalización de la voz del gran ausente, el niño, ya no para hacerla prevalecer, sino para incorporarla en igualdad a la de sus padres [...] Es adverso al interés del niño, y por lo tanto reñido con el derecho, soslayar si intervención ante el órgano jurisdiccional⁴².

Reconociendo en el niño su condición de sujeto de derecho, hay que asegurarse de propiciar el uso de medios alternativos para la resolución de conflictos, como la mediación⁴³, no se suprima o inhiba la posibilidad de que el niño sea oído y de que, a su vez, pueda sentir, percibir y oír él mismo las palabras necesarias para que el conflicto pueda también ser asumido por él y tener un valor formativo.

⁴¹ J.A. 1998; E.D. 129-216; *Doctrina Judicial* 1989-II-441.

⁴² MIZRAHI, Mauricio Luis, “Interés del menor”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Universidad, t. III, 1994.

⁴³ En la que se refuerza la posibilidad de encontrar una solución satisfactoria, regulando sus relaciones de forma autónoma.

Cuando el acuerdo sea homologado en sede judicial, el órgano jurisdiccional, con la debida intervención del Asesor de Menores, tendrá la posibilidad de verificar el cumplimiento de este objetivo.

El mediador no puede desligarse de su responsabilidad ética al respecto. Con mayor razón pesará esta responsabilidad cuando se trate de acuerdos sobre los que no haya un contralor judicial posterior.

Para quienes sostienen que el mediador es un tercero que representa a la familia o al interés familiar como diferente de la suma de los individuos que la componen, y que describen como objetivos preservar la continuidad de la familia y reorganizarla después del divorcio como centro este tema es particularmente tenido en cuenta.

El mediador promueve la consideración de los intereses de otras personas más afectadas por los acuerdos a los que se llegue (como los hijos o abuelos), más allá de las necesidades de los que efectivamente intervienen (la pareja en proceso de divorcio). Tiene en cuenta a los no representados, que carecerían de legitimación para ejercer una acción judicial⁴⁴.

“Tener en cuenta” o “promover la consideración” de los intereses del niño equivaldría a dar cumplimiento a las exigencias de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional, prescribe en su artículo 12.

Aun para quienes sostienen una postura más restrictiva en cuanto al rol del mediador, la consideración de los intereses no representados en el proceso es una de las normas éticas a observar. El mediador se asegurará de que las partes tengan pleno conocimiento de estos intereses no representados en la mesa de negociación y de que los mismos sean tenidos en cuenta por ellas mientras continúen con el proceso de mediación⁴⁵.

⁴⁴ WAGMAISTER, Adriana M., ob. Cit.

⁴⁵ “Ethical Standards of Professional Conduct for Members of the Society of Professionals in Dispute Resolution”, en *Making the tough calls*, Anne B. Thomas, Washington, D.C., Editor, SPIDR, 1991.

La armonización de las normas constitucionales y del derecho de fondo con relación a los intereses del niño y su representación en los diferentes ámbitos deberán ser aspectos a tenerse en cuenta en el momento de regular legislativamente la Mediación Familiar.

3.11.3. El equilibrio de poder

Se insiste que el mediador debe ser un tercero neutral, que asiste a las partes para identificar los temas de disputa, para la búsqueda de soluciones acordadas y mutuamente satisfactorias. Su función es lograr que con el acuerdo ambas partes ganen, frente a una situación de crisis. Por esta razón, el mediador no puede permanecer impasible cuando una de las partes, abusando de la situación de inferioridad de la otra, del error o ignorancia pretenda lograr un acuerdo desequilibrado. De admitirlo no sería neutral, puesto que silenciaría situaciones objetivas permitiendo con su silencio que se efectúe un acuerdo sobre bases falsas, que lo tornaría frágil y no resultaría una solución estable al problema.

Diversos estudios han analizado y puesto en evidencia la vulnerabilidad de la posición de las mujeres en la negociación de los efectos del divorcio en general, y en la mediación en particular. Pone de manifiesto que las desigualdades existentes en la relación entre hombre y mujer durante el matrimonio se continuarán durante el proceso de divorcio.

El tema se relaciona directamente con la imparcialidad del mediador, ya que muchas autoras feministas consideran que si se quiere mantener el equilibrio de poderes será necesario reforzar sistemáticamente el poder de la mujer en la negociación, utilizando incluso técnicas de discriminación positiva.

Sin embargo, toda modificación de la relación de fuerzas existente será percibida como una ruptura de las reglas que ligan a las partes en la mediación y llevará a una descalificación del mediador.

Los estudios de género suelen señalar, entre los motivos de las relaciones asimétricas entre hombres y mujeres, el hecho de que la negociación no forma parte de la cultura femenina.

Suele ser diversa la actitud frente al conflicto, la que evidencia un espíritu o motivación diferente: enfrentarlo, asumiendo los riesgos, o eludirlo. Las mujeres en el momento de enfrentar los conflictos eligen las formas o maneras de solucionarlos que son menos frontales, que exigen más consenso y mayor adaptación y llevan a soluciones de mediano y largo plazo.

El equilibrio de poder no implica que el mediador se ponga a favor de la parte más débil, actitud reñida con las exigencias de la neutralidad y la imparcialidad.

Las preguntas del mediador deberán poner de manifiesto los diferentes tipos de poder que están en juego en cada situación (poder físico, económico, de información, emocional y de la educación), así como los diferentes niveles en cada uno de ellos. Debe garantizar el reconocimiento de los distintos tipos de poder que se están ejerciendo, qué grado de efectividad tienen, con qué determinación se ejercen y qué reacción están generando. Es importante visualizar no sólo desde donde se ejerce el poder, sino también hacia adonde se dirige y el impacto que tiene.

Equilibrar el poder es contraponer un tipo de poder con otro, para promover un enfoque más realista.

El mediador formula preguntas para poner a prueba la realidad e impulsa evaluaciones realistas, así como la búsqueda de soluciones racionales, impidiendo que se establezcan acuerdos dictados sólo por el poder, lo que atentaría contra su viabilidad y durabilidad⁴⁶

3.11.4. Ante el supuesto de violencia doméstica

Existen reparos al uso de la mediación en estos casos. Se teme que sólo servirá para agravar el nivel de daño psicológico de la mujer, sus derechos no estarán suficientemente protegidos y el abusador no asumirá la responsabilidad de su conducta violenta.

Florence Kaslow, luego de enfatizar que la mediación no es la panacea ni la solución ideal para todos los casos, enuncia entre los casos en que la mediación puede

⁴⁶ ACLAND, Andrew F. ob. Cit. Págs. 143 y ss.

resultar contraindicada el caso en el que una de las partes se encuentra afectada por retardo mental, daño cerebral, psicosis o caracteropatía severa, o bien los casos de gran disparidad de fuerzas en los que la parte más débil no puede o no quiere afirmar sus derechos, particularmente cuando existen altos niveles de violencia.

Por lo que el mediador debe cerrar la mediación apenas se detecte un caso de violencia familiar.

El desarrollo por parte del mediador de aptitudes para identificar y filtrar los posibles casos de violencia, mediante la formulación de preguntas específicas en reuniones privadas que lleven a detectar patrones de conducta en las expresiones de enojo, en la forma de manejar las situaciones conflictivas y en el proceso de elaboración de decisiones propias de la situación de violencia.

En primer lugar, será necesario solicitar medidas cautelares previas, como la exclusión del hogar conyugal, a fin de asegurarse ante la eventualidad de violencia futura. Asimismo, habrá que cerciorarse del conocimiento que tengan las partes de los distintos servicios existentes para situaciones similares: grupos de autoayuda, atención psicológica especializada, líneas telefónicas de ayuda (SOS Violencia), unidades de policía femenina para mujeres golpeadas, refugios especiales para alojarse en caso de emergencia, etc.

El mediador deberá estar particularmente atento al equilibrio de poder, asegurándose de que las partes estén legal y financieramente asesoradas, y detener el proceso de mediación si considera que ese equilibrio es imposible de lograr.

4. Mediación en la Provincia de Salta – Ley 7324.

En esta sección abordaremos como se lleva a cabo la mediación a nivel local, desde el punto de vista legal, teniendo en cuenta que si bien la ley provincial se dictó el 8 de noviembre de 2004, su reglamentación y puesta en práctica es muy reciente desde el 11 de

octubre del año 2009⁴⁷. Esta se implementa “en base a los principios rectores de la Mediación, como herramienta adecuada y eficaz para resolver conflictos, siendo ésta una apuesta a la autocomposición de los mismos, con el consiguiente ahorro de tiempo, dinero y esfuerzos por parte de los involucrados”⁴⁸.

En la ley “*Por mediación se entiende al método no adversarial de resolución de conflictos*⁴⁹, *tengan éstos origen tanto en diferendos individuales como de orden social y familiar, verificados en el ámbito provincial como municipal*”⁵⁰.

En la provincia de Salta existen tres formas de mediación tratadas en la ley, la Mediación Judicial, la Extrajudicial obligatoria y la Comunitaria. Teniendo en cuenta la etapa en la que tiene lugar ya que la Judicial se da en cualquier etapa del proceso ya

⁴⁷ Ley 7324, Art. 53.- “La presente Ley regirá a partir de los (60) sesenta días de su reglamentación”. La misma se reglamento con fecha 11/08/09.

⁴⁸ Decreto N° 4356/09 del 11/08/09. Reglamentación de la Ley Provincial de Mediación N° 7324. B.O. de Salta N° 18167.

⁴⁹ Los métodos de resolución de conflictos pueden ser adversariales o no adversariales. Las principales diferencias entre los dos sistemas son:

A) Métodos Adversariales

- _ Las partes están enfrentadas y son contendientes.
- _ Un proceso suple la voluntad de las partes y toma la decisión.
- _ Si una parte gana, la otra necesariamente pierde, soluciones llamadas de “Todo o Nada”.
- _ La decisión que pone fin al litigio, se basa en la ley o en la aplicación de un precedente, por lo que no necesariamente resuelve el problema satisfaciendo el interés de las partes.

b) Métodos no adversariales

- _ Las partes actúan juntas y cooperativamente.
- _ Las partes mantienen el control del procedimiento y acuerdan la propia decisión.
- _ Todas las partes se benefician con la solución que juntas han creado.
- _ La decisión a la que arriban las partes resuelve el problema de conformidad a sus propios intereses, sin importar la solución judicial o los precedentes judiciales.

⁵⁰ Art. 1 ley 7324 de la Provincia de Salta.

iniciado, mientras que la Extrajudicial y la Comunitaria son previas a iniciar una demanda, y solo se diferencian estas últimas porque a la Comunitaria asisten personas de escasos recursos, y se da en el ámbito municipal, cada municipio posee al menos un Centro de Mediación Comunitaria, y los honorarios de los mediadores están a cargo del municipio. En cuanto a las exigencias para ser Mediador Comunitario son mínimas, solo tener título secundario y haber aprobado el curso de formación inicial para mediadores, que en el ámbito provincial tiene una duración de una semana.

Los requisitos para los mediadores Judiciales y Extrajudiciales los trataremos en detalle durante el desarrollo de esta sección. Cabe aclarar que acotaremos el tratamiento de la ley y su reglamentación en lo que hace a la temática familiar y en lo relacionado a la persona del mediador.

4.1. Temas Excluidos del Ámbito de la Mediación Familiar

Según ley 7.324 de Mediación de la provincia de Salta se instituye en forma obligatoria por un plazo de 5 (cinco) años la instancia de mediación obligatoria previa a todo juicio en el que se debatan cuestiones que no se encuentren expresamente excluidas.

Se encuentran entre las cuestiones excluidas en lo referente a la temática familiar dentro del art. 10, las siguientes: *“No podrán ser sometidos a mediación:*

...2.- Los asuntos de divorcio vincular, separación personal y nulidad de matrimonio.

3.- Los asuntos derivados de la patria potestad, de adopción y sobre estado filial, exceptuándose los aspectos jurídicos cuya decisión sea disponible para las partes.

...12.- Todos aquellos procesos en que estuvieren en juego normas de orden público o se tratase de derechos indisponibles para las partes”.

“En los asuntos de familia, en los que se encuentren involucrados intereses disponibles para las partes y no se encuentre comprometido el orden público, podrán ser

sometidos a Mediación, interviniendo Defensoría de Incapaces, en los casos que así correspondan y al momento de solicitar la homologación judicial”⁵¹.

4.2. Clases de Mediación

a) Judicial

Apertura del procedimiento

Art. 11.- “La apertura del procedimiento de mediación será dispuesta por el tribunal a solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso, en primera o segunda instancia, o de oficio por el juez de la causa, cuando por la naturaleza del asunto, su complejidad o la característica de los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación”.

Procedencia. Asentimiento

Art. 12.- “Durante los juicios en curso, cuando el tribunal competente entendiera apropiado un intento de mediación, correrá vista a las partes o celebrará una audiencia con tal finalidad, y solo remitirá las actuaciones a mediación si hubiere acuerdo entre ellas. Cuando la iniciativa proviniera de una de las partes del proceso, será menester el asentimiento de las restantes para derivar las actuaciones judiciales a mediación”.

Esta mediación se viene dando en el ámbito de la Corte de Justicia desde que se dictó la ley en base a un programa piloto de mediación, los mediadores abogados, se inscriben en un Registro especial en el ámbito del Poder Judicial de Salta, el único requisito aparte de tener el título de mediador, es contar con 60 horas de práctica avaladas por Colegio de Abogados de Salta, donde existe un Centro de Mediación, al que también se derivan casos para su tratamiento.

⁵¹ Decreto N° 4356/09 del 11/08/09. Reglamentación de la Ley Provincial de Mediación N° 7324. B.O. de Salta N° 18167. Reglamentación del Art. N° 10.

Plazos. Prórroga. Efectos

Art. 16.- El plazo para el procedimiento de mediación no podrá exceder de treinta (30) días hábiles a partir de la primer audiencia. Puede ser prorrogado por acuerdo de partes, con anuencia del mediador, quien deberá comunicar tal circunstancia al juez de la causa.

La primera audiencia deberá ser fijada dentro de un plazo que no deberá exceder de los diez (10) días de asumido su cargo el mediador. El procedimiento de mediación suspende el curso de los plazos procesales del juicio.

Esto es válido en todo tipo de mediación según reglamentación⁵².

b) Mediación Extrajudicial

Supuesto

Art. 22.- Habrá mediación extrajudicial cuando las partes, fuera del ámbito judicial, ante un mediador o un centro de mediación público o privado, adhieran al procedimiento de mediación para la resolución de un conflicto.

Acuerdo. Homologación. Denegación

Art. 24.- Los acuerdos concretados en los procedimientos de mediación no judicial, solo tendrán carácter ejecutorio si fueren homologados judicialmente.

La homologación podrá ser denegada por auto cuando el acuerdo resulte contrario a lo previsto en esta Ley, o afecte a la moral pública, las buenas costumbres o al orden público. En este supuesto, los defectos observados en el acuerdo podrán ser subsanados, de común acuerdo por las partes, en el plazo que prudencialmente fije el juez de la causa, con la intervención del mediador que haya actuado. Caso contrario, se dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.

⁵² Idem Nota 1.

4.3. Mediadores y Co-mediadores

a) Mediador Judicial

Competencia

Art. 25.- Solo podrán intervenir en la mediación judicial, mediadores abogados que se encuentren inscriptos en el Registro de Mediadores de la Corte de Justicia.

La Corte de Justicia también podrá habilitar como co-mediadores, a profesionales universitarios que hayan obtenido matrícula en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación o en la entidad provincial que oportunamente lo sustituya.

Como se ve, en el ámbito Judicial específicamente el mediador que no es letrado, solo puede desempeñarse como co-mediador y debe poseer título universitario.

b) Mediador Extrajudicial

Requisitos

Art. 29.- Para actuar como mediador en sede extrajudicial será requisito tener título universitario de carrera de grado, con tres (3) años de antigüedad en el ejercicio profesional, encontrarse matriculado en el colegio o consejo profesional respectivo, haber aprobado el nivel básico del plan de estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación u otro equivalente de jurisdicción provincial, tener matrícula vigente en el órgano de contralor correspondiente y disponer de ambientes adecuados para el desarrollo del proceso de mediación.

Serán de aplicación además las disposiciones que rigen para el mediador judicial en lo que respecta a inhabilidades, recusación y excusación.

4.4. Centros de Mediación Social y Comunitaria

Art. 37.- El Poder Ejecutivo proveerá la instalación de centros de mediación social y comunitaria, tanto en el ámbito público como privado, que desarrollarán programas de asistencia gratuita en mediación para personas de escasos recursos...

Art. 42 inc. 3.- Intereses no representados

El mediador debe advertir las posibles circunstancias en la que haya intereses no representados en el procedimiento. Tiene la obligación, donde las necesidades de las partes lo impongan, de asegurar que tales intereses sean tomados en cuenta y en su caso, dar intervención al Ministerio Pupilar.

Esto es fundamental en la mediación familiar donde hay intereses de menores que se encuentran en juego y deben ser tenidos en cuenta.

Inc. 4.- Asistencia Técnica

Los mediadores deben desempeñar sus servicios solamente en aquellas áreas de la mediación en las cuales estén capacitados, ya sea por experiencia o por especialización.

El mediador sugerirá la incorporación al procedimiento de peritos, profesionales idóneos u otros mediadores, cuando deba actuar en un campo de conocimientos donde él no posee las habilidades requeridas.

Esta asistencia técnica se hace imprescindible en el caso del mediador lego, que no posee los elementos ni la capacidad necesaria para afrontar los temas de Derecho de Familia, la realidad muestra que en la Mediación comunitaria, a pesar de ser obligatoria la presencia de letrados patrocinantes de las partes, estas se presentan sin los mismos, y los acuerdos se redactan sin la supervisión necesaria, lo que puede llevar al fracaso de la mediación cuando llega a la etapa de homologación judicial. Debiendo reanudarse nuevamente el trámite mediático, tornándose en ineficaz el procedimiento.

5. Visión del Estado Actual de la Mediación en Salta

Por mediación se resolvió un total de 47% de los conflictos según datos estadísticos proporcionados por el Ministerio de Justicia Provincial.

_ En Mediaciones Comunitarias hay más de 1000 casos con acuerdo, y en mediaciones extrajudiciales más de 200 casos con acuerdo en lo que va del año. Entre 500 y 600 casos por mes, sobre todo en el ámbito de la familia, se reconcilian sin llegar a juicio. El nivel de acuerdos es aún mayor en el interior de la provincia.

- *Se evita que más de 200 casos por mes lleguen a la instancia judicial*

En Salta los centros de mediación ya resolvieron la mitad de los conflictos

- Se destaca que en el interior no está tan arraigada la costumbre de resolver los problemas en juicio.
- El sistema judicial está saturado e intentan reducir los litigios.

Los 61 centros donde mediadores intentan resolver conflictos para que no terminen en la justicia atienden de 500 a 600 casos por mes, según informa el Ministerio de Justicia.

Los problemas que más se plantean en las mesas de mediación tienen que ver con la familia, esto se da en un 63%. Definir el monto de una cuota de alimentos o el régimen de visitas para los hijos de padres separados son temas recurrentes.

Sobre el total de problemas que se exponen, en el 47 por ciento se llega a un acuerdo; cuestiones que podrían haber terminado en un litigio.

El secretario de métodos alternativos de resolución de conflictos. Cesar Rodríguez, considera que la cantidad de disputas en las que se encontraron salidas ecuanímes “es elevada”.

El nivel de acuerdos es mayor aún en el interior de la provincia, donde no está tan instalada la cultura de resolver los problemas con juicios.

6. Importancia de la Capacitación Legal del Mediador

El Derecho de Familia se ocupa en particular de las relaciones entre las personas derivadas de su vínculo conyugal o de su parentesco.

Numerosas relaciones familiares están determinadas por normas de Orden Público, éstas limitan la autonomía privada (art. 1197) y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en estas especiales relaciones jurídicas. Siempre atendiendo a los Fines Familiares, donde el papel de la voluntad es más restringido que en el Derecho Privado en general.

Sin embargo, ante situaciones de conflicto existe una cierta libertad reconocida por la ley en cuanto a la admisión de acuerdos por ejemplo en punto a alimentos, guarda y comunicación con los niños, atribución de la vivienda, etc., con el fin de que se arribe a una comunicación que genere acuerdos mutuos coordinando la conducta de las partes.

Los cónyuges podrán solucionar sus diferencias siempre que se adecuen al espíritu y la letra de la ley.

La mediación apunta precisamente a reordenar a futuro los roles de los miembros de la familia que atraviesa un conflicto, para generar acuerdos mutuos coordinando la conducta de las partes. Permitiendo arribar a soluciones consensuadas avaladas por los jueces garantes del Orden Público y del interés de los menores.

Esto nos lleva a meditar a cerca de la necesaria capacitación especial del mediador familiar quien además de poseer cualidades específicas, requiere una profunda capacidad para detectar cuestiones que alteren y lesionen de alguna manera el orden público.

Por lo que el mediador debe tener una formación legal actualizada y específica en el área jurídica, sin importar su disciplina de origen, ya que un acuerdo que vaya en contra de una norma imperativa puede traer consecuencias devastadoras no solo para la familia en cuestión sino para la sociedad en la que esta se desenvuelva, menoscabando sus principios ético-jurídicos.

Pensemos en un convenio avalado por un mediador lego donde se desista una reclamación de filiación, a cambio de una renta vitalicia a favor del requirente de la mediación, si bien, todo acuerdo debe estar homologado por un juez, para las partes que convinieron esto les resulta satisfactorio, siendo que inicialmente está viciado de nulidad, ya que no se puede transar sobre el estado de familia (art.845 C.C.). Hasta que este acuerdo llegue al estrado judicial, y se notifique al mediador sobre su improcedencia y se pida su rectificación, ha pasado bastante tiempo, el que se perdió infructuosamente. Del mismo modo en cualquier convenio donde entren en juego intereses de menores, sin consulta al ministerio pupilar, y se transe sobre los mismos, no teniendo en cuenta el interés superior del niño, o se desconozca un delito... etc.

7. Mediación Familiar en Salta

En la provincia la mediación familiar de acuerdo a estadísticas oficiales proporcionadas por el Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos de la Provincia de Salta⁵³, ocupa un 76,9% del total de mediaciones comunitarias y un 72,8% de las extrajudiciales incluyendo familia y patrimonio. Estos elevados índices muestran la relevancia que tiene el conflicto familiar y su necesidad de resolución en relación a otros problemas a resolver entre particulares.

Esto hace que el crecimiento sostenido de la aplicación de esta alternativa de resolución de conflictos en gran medida dependa del éxito o no de las mediaciones que alcanzan un acuerdo, cuyo porcentaje se da entre un 40 y un 43% del total de casos planteados. Debido a que las personas manifiestan su confianza en la aplicación de una determinada técnica, según se viabilice una solución pacífica a sus problemas, sin la necesidad de tener que llegar a una instancia judicial en la que tengan que exponerlos. Ya que el objetivo es encontrar el origen del problema mediante el diálogo para alcanzar un acuerdo entre partes.

Existe una estrecha dependencia, entre el éxito de una mediación evidenciado en un acuerdo, y la cantidad de casos planteados, dado el alto índice de participación de este tipo

⁵³ Ver Cuadros de los Anexos I Estadísticas de Mediaciones Extrajudiciales y Anexo II Estadísticas de Mediaciones Comunitarias.

de mediación, ya que la realidad muestra un elevado índice sin acuerdos (un 57%), una de las causales está dada por la falta de capacitación específica del mediador, quien es uno de los elementos claves en el proceso mediático.

Esta situación particular, hace que se tenga que replantear en Salta la capacitación de los mediadores de familia debido a que solo reciben una formación inicial plasmada en un curso básico planteado como entrenamiento en técnicas de mediación a modo de taller, sin profundizar demasiado en esta problemática específica.

El entrenamiento de un mediador competente requiere de una formación distinta y complementaria a su formación profesional de base. La Mediación debe estar sustentada en sólidos pilares teóricos, tener una dinámica propia de funcionamiento y propósitos bien definidos.

El mediador debe ser capaz de asumir un rol activo, directivo y organizador del proceso. Para poder desempeñar de manera óptima estas tareas, requiere de un sólido marco teórico.

Para responder a estas necesidades de formación se debe ofrecer una visión teórico y práctica dando respuesta a una necesidad de formación. Para ello se incorporaría a los participantes a un programa de actividades formativas, en el ámbito de la Dirección de Mediación del Ministerio de Justicia y derechos humanos de la provincia, estas actividades serían tanto teóricas como prácticas, donde se buscaría desarrollar en ellos las competencias requeridas en el proceso de mediación, en el marco del Derecho de Familia, dado por la vigencia de las reformas legales implementadas.

Lo que nos lleva a proponer complementar, solo para los mediadores de familia en principio, una educación legal especial, debido a que no alcanza con una simple actualización para alguien que no es abogado, por no tener los instrumentos teóricos necesarios para afrontar la temática familiar, ya que la formación inicial solo da técnicas de mediación suponiendo la formación legal del mediador, sin tener en cuenta que la ley habilita a cualquier profesional con una carrera de grado a ser mediador.

Esto llevaría a bajar considerablemente el alto índice de mediaciones truncadas, un 57% en la actualidad según estadísticas oficiales, dentro de las causales de las mediaciones sin acuerdo podemos encontrar las siguientes: a manera de ejemplo, entre las extrajudiciales, por Decisión de las Partes 27%, por Incomparecencia de Una de las Partes un 50%, por Desistimiento de Una de las partes 7%, por Imposibilidad de Notificación 2%, por Decisión del Mediador 1%, Sin Acuerdo 13%.

Cabe destacar que el 27% en la extrajudicial, y de un 14,92% en las comunitarias, que representa el fracaso de mediaciones debido a la Decisión de las Partes está dado por las falencias que evidencia la carencia de preparación del mediador en la conducción del proceso en general, por carecer de recursos técnicos y legales, esto con la debida proyección a los casos de familia.

Del mismo modo la Incomparecencia de Una de las Partes que se da en un 50% en las mediaciones extra judiciales y de un 49,32 % en las comunitarias, dentro de la estadística está dada por la falta de información de los particulares en el sistema y el descreimiento de que este proceso los pueda llevar a una solución del conflicto que les toca sobrellevar.

Sin embargo, las mediaciones cerradas sin acuerdo por el Decisión del mediador, en un 1%, en la extra judicial, mientras que en las comunitarias es de un 3,03%, lo cual nos da la pauta de que el mismo no se anima a discriminar las situaciones mediables de las de imposible mediación, en general.

El protagonismo del mediador juega un rol importantísimo y relevante, es en esta particularísima mediación donde el mediador debe ser capaz de asumir un rol activo, directivo y organizador del proceso, para desarrollar esta capacidad debe tener preclaros conocimientos en derecho de familia.

El derecho ocupa un lugar determinado en el discurso del mediador: el de las alternativas. La evaluación del resultado probable de llevar la disputa tribunales ayuda a definir el rango de negociación dentro de la cual puede encontrarse la resolución. Tarea del mediador será ayudar a la parte a averiguar cuál es dicha alternativa, explorarla y

reflexionar acerca de ella. Por lo que debe conocer los límites del orden público para manejar con eficacia los temas a tratar y evitar dispersiones inútiles que lleven tanto al fracaso como a la desconfianza de los particulares en la mediación. Esto llevará a que las personas escépticas se acerquen a un lugar donde no sentirán que se dispendio tiempo ni dinero, como sucede en los angustiosos procedimientos y tramites litigiosos.

A modo de propuesta inicial de un curso dado por especialistas y nutrido por el derecho, tendríamos como ejes centrales los temas que hacen a la problemática familiar: Un probable temario podría ser el siguiente:

- La familia como comunidad. La familia en la actualidad. Caracteres particulares del Derecho de Familia. Derechos subjetivos familiares. Estado de Familia.
- Matrimonio y concubinato. Impedimentos matrimoniales. Igualdad jurídica de los cónyuges.
- Matrimonio efectos patrimoniales. Sociedad Conyugal. Disolución de la Sociedad Conyugal.
- Separación Personal y Divorcio Vincular.
- Unión Marital de Hecho.
- Disolución y nulidad del matrimonio.
- Filiación.
- Patria Potestad. Tutela. Curatela. Derecho alimentario. Protección al menor.

La duración del curso sería estimativamente un cuatrimestre con evaluación final. El Título obtenido sería de Mediador Especializado en Familia. Total: 112 horas. Distribuido en 6 horas semanales.

Todos estos temas deberán abordarse desde una perspectiva crítica y practica, siempre mirados desde la perspectiva mediática, e interdisciplinaria, tendiente hacia la resolución de conflictos, proporcionando al Mediador un criterio especial para el abordaje de los casos familiares presentados a su mesa.

Uno de los beneficios que podemos encontrar en el abordaje del derecho de familia es que se brindara al mediador una visión amplia y las herramientas necesarias para poder enfrentar los problemas que arriben a su consideración con mayor seguridad, con la finalidad de conducir a las partes a un acuerdo satisfactorio, fin de toda mediación. Y desde la mirada de la parte que somete su tema a mediación se producirá una mayor confianza por la preparación especial de la persona a quien se presenta la situación conflictiva.

Este aporte, que centra su mirada en un Mediador Especializado en Derecho de Familia, produciría una mayor cantidad de acuerdos y una optimización del sistema salteño en cuanto a mediaciones finalizadas, de lo contrario según las perspectivas actuales y como viene desarrollándose hasta aquí el sistema de mediación prejudicial obligatoria, las mediaciones familiares sin acuerdo nuevamente derivarán en causas judiciales atiborrando de causas los juzgados de familia, conduciendo nuevamente al fracaso del cual se intenta salir con la implementación de esta técnica de resolución alternativa de disputas.

8. Conclusión

Con relación a la pregunta: ¿Es necesaria la capacitación especial de los mediadores de familia? Debemos responder afirmativamente basándonos en los siguientes datos que nos presenta la realidad provincial, que son los que se detallan a continuación:

Las particularidades que presenta la Mediación en Salta, teniendo en cuenta tanto las estadísticas oficiales obrantes en el Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos de la Provincia de Salta, muestran que las mediaciones familiares son las que presentan el más alto índice en cuanto a problemáticas referenciadas, a modo de ejemplo: sobre un total de 551 mediaciones extrajudiciales realizadas desde el mes de diciembre de 2009 al 12 de abril de 2010, 401 son mediaciones en torno al tema familiar y patrimonial familiar, lo que daría un porcentaje superior al 70% del total⁵⁴.

Existe un elevado porcentaje de mediaciones extrajudiciales sin acuerdo alcanzando casi un 57%, lo que remite el problema a la Justicia Ordinaria, retardando considerablemente la resolución del mismo. Sobre los acuerdos alcanzados para que se

⁵⁴ Ver Anexo I.

produzca su ejecutividad es necesaria la homologación judicial respectiva, insoslayable en referencia a asuntos de Derecho de Familia.

Sólo en el Distrito Centro del Poder Judicial de Salta existen seis Juzgados de Persona y Familia de Primera Instancia, donde se abarrotan todas las demandas judiciales, debido al gran volumen de casos planteados y el tiempo que lleva su resolución es incierto. Esto transmite el mismo nivel de incertidumbre a las homologaciones requeridas en las mediaciones acordadas, por ser éstos juzgados los únicos encargados de realizar dicho trámite.

Si estos plazos son inciertos hay probabilidad de que se alarguen los tiempos en que el debido control del orden público se realice, el cumplimiento del acuerdo podría estar fuera del marco legal hasta que se efectivice su rechazo por no ser posible de homologación.

El rechazo judicial del acuerdo podría comprometer la confianza en la mediación y desmoralizar a las partes.

Por lo que la primera de las hipótesis que se presentan en la Introducción de acuerdo a lo analizado y planteado a lo largo de este ensayo, conduce a una respuesta positiva ya que el mediador no puede realizar propuestas sobre alternativas que deriven en una mediación exitosa, sin tener un mínimo conocimiento y una visión legal específica a donde debe derivar necesariamente el acuerdo mediático.

Es precisamente aquí donde entra a tallar la segunda pregunta de nuestra hipótesis ¿Existe una desigualdad de condiciones en los mediadores legos frente a los letrados en cuanto al abordaje del problema familiar?

Efectivamente, desde todo punto de vista los mediadores legos se encuentran en desigualdad de condiciones frente a los letrados para afrontar los problemas familiares que se le presentan para su resolución, por no poder diferenciar claramente que es lo absorbido por el orden público y que es lo transable en materia familiar.

Esto lleva a la imperante necesidad de capacitación legal especial de los mediadores que no son letrados, para poder optimizar los resultados exitosos de las mediaciones realizadas por expertos en la materia, acortando los tiempos requeridos para su finalización, evitando el ingreso indeterminado de situaciones no mediables, y canalizando al sector judicial lo importante a tratarse en ese ámbito.

Sin la capacitación suficiente del mediador no se podrá lograr un mayor aporte de la mediación familiar al sistema judicial salteño.

Ya que la referencia estadística muestra que las mediaciones extrajudiciales finalizadas con acuerdo representadas en un 43,03%, pueden decrecer en cuanto a su porcentual, debido a que se encuentran en un estado de fragilidad pendiente de homologación, que puede derivar tanto en un éxito o en un nuevo fracaso mediático por no contar el acuerdo con la debida acreditación legal, por el desconocimiento jurídico que evidencian los mediadores que no son letrados.

Teniendo Mediadores Especializados y capacitados en debida forma la provincia se beneficiaría en cuanto a la rapidez de la resolución de los conflictos familiares ahorrando el tiempo y los recursos materiales que conlleva su judicialización.

Finalmente, con su aporte, este trabajo solo pretende ser un grano de arena que contribuya a la construcción de una mayor eficiencia en el proceso de Mediación Familiar Salteño, lo que derivaría en una contribución más a la pacificación social debido al fortalecimiento que esto produciría en el tejido social reconstituyendo su basamento esencial.

Índice Bibliográfico

- Bossert y Zannoni, *“Manual de Derecho de Familia”*. 6º Edición. Ed. Astrea, Bs. As. 2005.
- Mendez Costa, María Josefina, *“Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia”*, Ed. Rubinzal-Colzoni, Bs. As. 2006.
- Lagomarcino, Salerno, Coordinador Uriarte, *“Enciclopedia de Derecho de Familia”*, t. I, Ed. Universidad, Bs. As., 1991.
- Fornaciari, Mario Alberto, *“Modos Anormales determinación del Proceso”*, t.II, Transacción. Conciliación. Reconciliación. Confusión. Compromiso Arbitral, Ed. Depalma, Bs. As., 1998.
- Belluscio, Augusto Cesar, *“Derecho de Familia”*, t.I, Ed. Depalma, Bs. As., 1974.
- Caram, María Elena, Eilbaum, Diana Teresa, Risolia, Matilde, *“Mediación, Diseño de una Práctica”*. Emilio J. Perrot, 2006.
- Entelman, Remo F, *“Teoría de los Conflictos”*. Ed. Gedisa, 2002.
- Goltheil, Julio, Schiffrin, Adriana, *“Mediación Una transformación en la Cultura”*. Paidos Mediación 3, 1996. Buenos Aires.
- Gover Duffi, Karen, Grosch, James W., Volzak, Paul, *“La Mediación y sus Contextos de Aplicación”*. Paidos, 1996. Buenos Aires.
- Gozaini, Osvaldo A., *“Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos”*. Depalma, 1995. Buenos Aires.
- Higton, Elena I., Alvares, Gladis, *“Mediación para Resolver Conflictos”*. Ad Hoc, 1995. Buenos Aires.
- LEY DE MEDIACIÓN N° 7324, B.O. N° 17.016 del 26 de Noviembre de 2004. Prov. De Salta. Reglamento
- PROYECTO DE MEDIACION FAMILIAR. PODER EJECUTIVO NACIONAL. 17 de Enero de 1996.
- Singer, Linda R., *“Resolución de Conflictos”*. Paidos, 1996. España.
- Suares, Marines, *“Mediación Conducción de Disputas Comunicación y Técnicas”*. Paidos Mediación 4, 1996. Buenos Aires.
- UNION EUROPEA. CONSEJO DE EUROPA. COMITÉ DE MINISTROS. *Recomendación N° R (98) 1 Del Comité de Ministros a los Estados*

Miembros sobre la Mediación Familiar (en línea). España, Generalitat Valencia, 5 p.

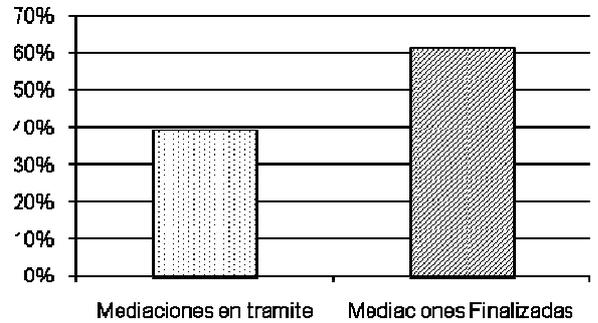
<http://.gva.es/cbs/familia/nr981.htm>

- Wilde, Zulema D., *“Que es la Mediación”*, Abeledo Perrot, 1994. Buenos Aires.
- <http://www.bcn.cl/guias/mediacion-familiar>
- <http://www.etica.org.ar/qiordano.htm>
- CENTO DE INFORMACIÓN JURIDICA: <http://www.cij.gov.ar/nota-1073-Highton-presento-el-mapa-nacional-de-acceso-a-justicia.html>.
- Patricia Aréchaga y Florencia Brandoni, Artículo: “Abordaje en Mediación Familiar. Casuística”, *“Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”*, n.12. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998.

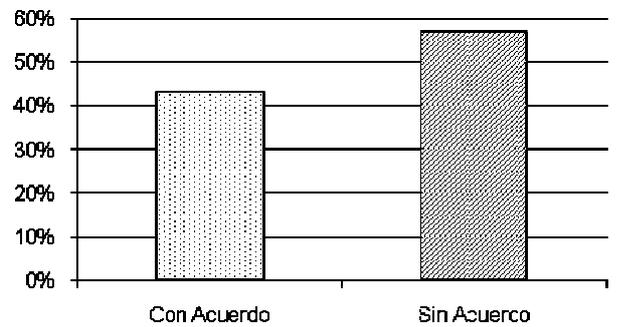
ANEXO I

Estadísticas de mediaciones extrajudiciales al 12/04/10

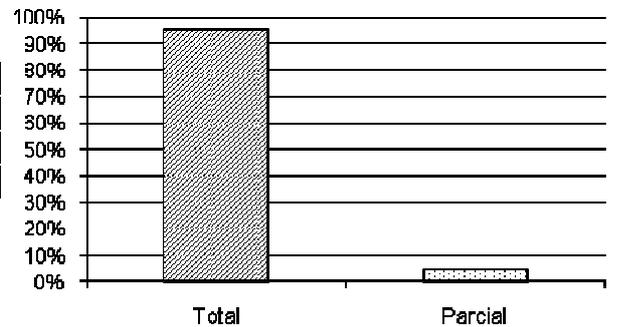
	Cantidad	Porcentaje
Mediaciones en tramite	214	38,84%
Mediaciones Finalizadas	337	61,16%
	551	100,00%



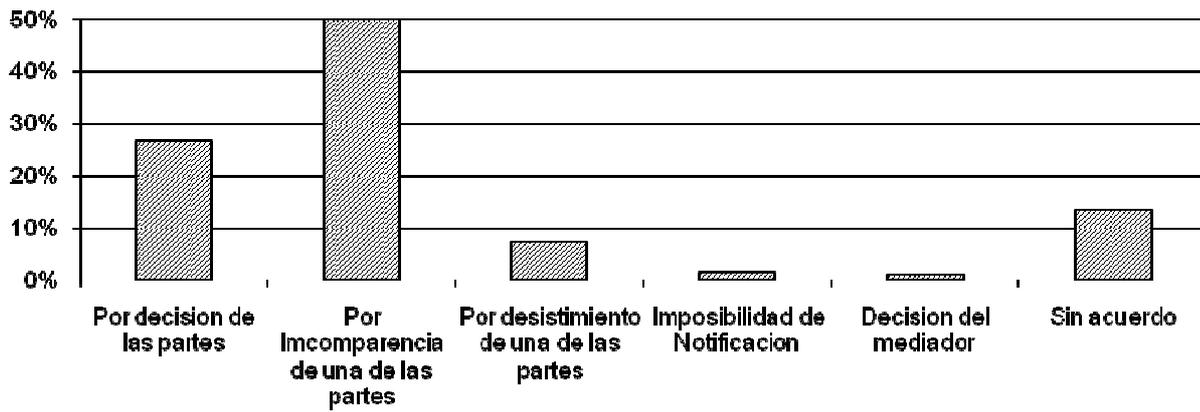
Mediaciones finalizadas	Cantidad	Porcentaje
Con Acuerdo	145	43,03%
Sin Acuerdo	192	56,97%
	337	100,00%



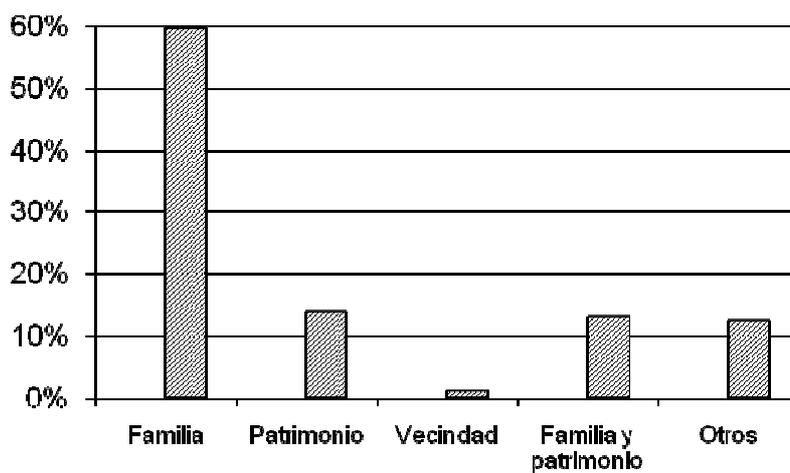
Tipos de Acuerdo	Cantidad	Porcentaje
Total	138	95,17%
Parcial	7	4,83%
	145	100,00%



Mediaciones sin Acuerdo (causas)	Cantidad	Porcentaje
Por decisión de las partes	51	26,56%
Por Incomparencia de una de las partes	96	50,00%
Por desistimiento de una de las partes	14	7,29%
Imposibilidad de Notificación	3	1,56%
Decisión del mediador	2	1,04%
Sin acuerdo	26	13,54%
	192	100,00%

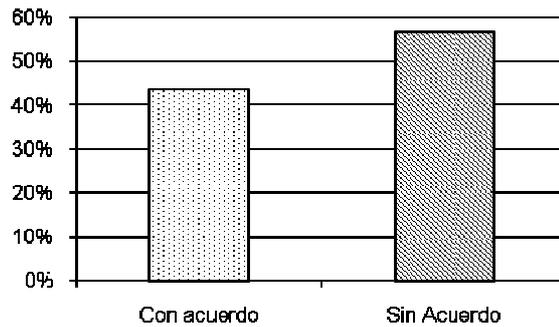


Tipos de Controversia	Cantidad	Porcentaje
Familia	330	59,89%
Patrimonio	76	13,79%
Vecindad	6	1,09%
Familia y patrimonio	71	12,89%
Otros	68	12,34%
	551	100,00%

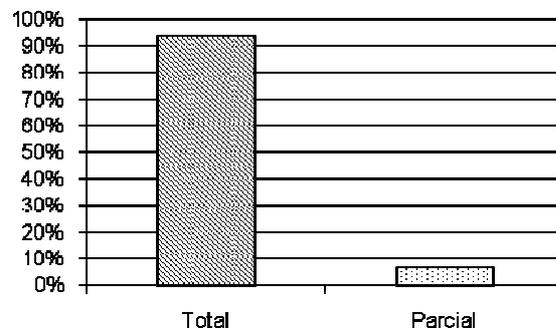


ANEXO II

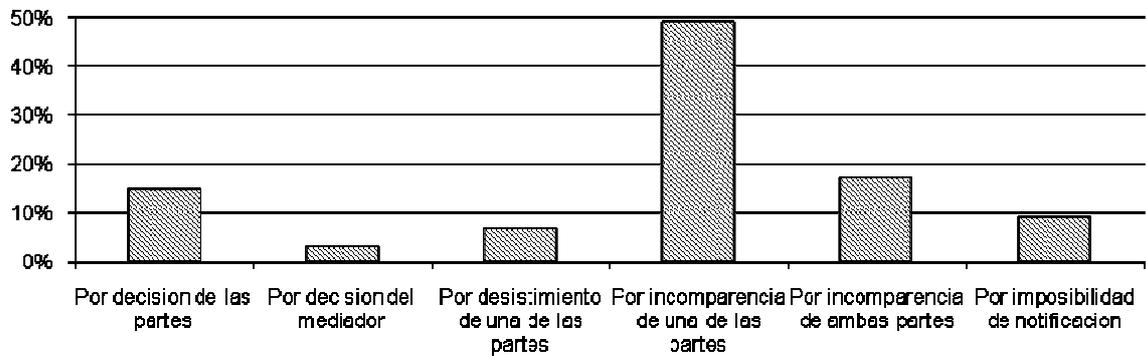
Estadísticas Globales de mediaciones comunitarias hasta Marzo 2010



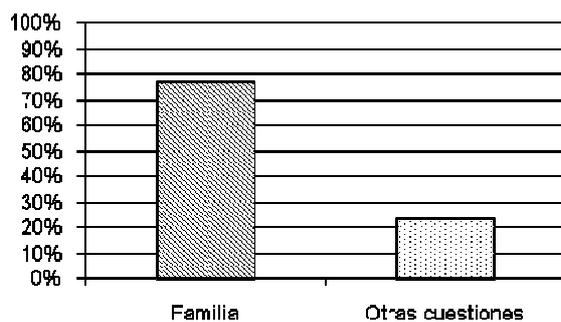
Mediaciones Finalizadas	Cantidad	Porcentaje
Con acuerdo	1062	43,36%
Sin Acuerdo	1387	56,64%
	2449	100,00%



Tipos de Acuerdo	Cantidad	Porcentaje
Total	994	93,60%
Parcial	68	6,40%
	1062	100,00%



Mediaciones sin acuerdo	Cantidad	Porcentaje
Por decisión de las partes	207	14,92%
Por decisión del mediador	42	3,03%
Por desistimiento de una de las partes	92	6,63%
Por incomparencia de una de las partes	684	49,32%
Por incomparencia de ambas partes	238	17,16%
Por imposibilidad de notificación	124	8,94%
	1387	100,00%



Tipos de Controversia	Cantidad	Porcentaje
Familia	1883	76,89%
Otras cuestiones	566	23,11%
	2449	100,00%

