



# Trabajo Final de Graduación

Proyecto de Investigación Aplicada

“Mediación aplicada a la disolución de la comunidad ganancial”.

Autor: Vanesa Soledad Agulló.

## **Dedicatoria**

A mi madre “La Incondicional” que siempre ha sido luz en los momentos más oscuros.

A mi hermano, mi padre, por el apoyo total de mi abuelo Hugo.

A mis amigas Cacu y Yami que siempre me ayudaron en este proceso.

A todos ellos, que día a día me impulsan a seguir adelante y no bajar los brazos.

Si he llegado hasta aquí es por ellos...

## **Resumen.**

Este trabajo comienza con el desarrollo de los nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio que están regulados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que con su corta entrada en vigencia hace necesaria mencionar.

El objetivo principal de este trabajo es determinar si la mediación es efectiva para resolver los conflictos que surjan en la disolución de la “Comunidad de Ganancias” o como antes se denominaba “Sociedad Conyugal”.

Se intenta explicar la nueva normativa y como es el proceso a través del cambio de legislación, exponiendo la normativa de distintas provincias referente a la Mediación.

Se expone la información recopilada para explicar si es factible complementar lo nuevo en cuanto al procedimiento del divorcio y lo ya establecido de la ley de mediación para llegar a una solución ante un conflicto entre partes y que de esto derive en un creciente progreso en la implementación de una forma alternativa al proceso judicial ya que es más rápida, de poco costo y más pacífica para de resolver conflictos entre los cónyuges.

## **Abstracts.**

This work begins with the development of new patrimonial regimes in marriage that are regulated in the new Civil and Commercial Code of the Nation, which with its short entry into force makes it necessary to mention.

The main objective of this work is to determine if the mediation is effective to solve the conflicts that arise in the dissolution of the "Community of Profits" or as before it was denominated "Conjugal Society".

We try to explain the new regulations and how is the process through the change of legislation, exposing the regulations regarding Mediation.

The collected information is exposed to explain if it is feasible to complement the new in the divorce procedure and the already established mediation law to arrive at a solution to a conflict between parties and that this leads to a growing progress in the implementation in a more peaceful way to resolve conflicts between the spouses.

## Índice Trabajo Final de Graduación.

Introducción.....	9
Capítulo I.....	12
1.    Análisis de los regímenes patrimoniales del matrimonio. ....	12
1.1.    Concepto de régimen patrimonial.....	12
1.2.    Régimen de separación de bienes. ....	13
1.3.    Régimen de participación en las ganancias.....	14
1.4.    Régimen de comunidad.....	14
1.5.    Tipos de comunidad.....	15
Según la extensión de la masa común:.....	15
Según la forma de gestión de los bienes:.....	16
1.6.    Régimen de comunidad restringida: .....	16
1.7.    Cese del régimen.....	17
2.    Liquidación de la comunidad.....	18
2.1.    Causales de extinción de la comunidad.....	18
2.2.    El divorcio. Antecedentes.....	19
2.3.    Efectos del divorcio. ....	20
2.4.    Divorcio unilateral o bilateral. ....	21
2.5.    Procedimiento del divorcio. ....	22
2.6.    Carácter del proceso.....	22
2.7.    Propuesta reguladora y Convenio Regulador.....	23
2.8.    Eficacia del convenio regulador.....	25
Capítulo II. ....	26

1.	Análisis de la Mediación .....	26
1.1.	Concepto.....	26
1.2.	Ventajas de la mediación.....	27
1.3.	Derivación judicial de casos.....	32
1.4.	Equilibrio de poder entre las partes. ....	32
1.5.	Acercamiento a la mediación. ....	33
1.6.	Citación de las partes. ....	33
1.7.	Presentación obligatoria a la mediación. ....	34
1.8.	Tipo de comunicación.....	34
1.9.	Captación del espacio y elección del lugar. ....	35
1.10.	Comienzo de la mediación. ....	35
1.11.	Tiempo de las sesiones. ....	38
1.12.	Audiencias privadas.....	38
	Capítulo III.....	40
1.	Análisis de la mediación familiar. ....	40
1.1.	Concepto.....	40
1.2.	Turbulencia, manejo del cambio, y mediación con familias en transición. ....	40
1.3.	Distinción entre el asesor jurídico y el mediador familiar. ....	41
1.4.	Representación letrada en la mediación. ....	42
1.5.	¿Por qué acuden las parejas que se separan a mediación familiar? .....	43
1.6.	Estructura del proceso de mediación familiar.....	44
1.7.	La recogida de la información económica y patrimonial.....	45
1.8.	La información que proporcionan los mediadores. ....	45
1.9.	¿Es aconsejable recibir un asesoramiento jurídico antes de comenzar una mediación?.....	46

Capítulo IV.....	47
1. Descripción de la reglamentación más notable sobre mediación en Argentina. ....	47
1.1. Ley 26.589 (Ley Nacional de Mediación y Conciliación). ....	47
1.2. Ley 3.847. (Ley de Mediación de Río Negro). ....	48
1.3. Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba N° 10543. 51	
2. Análisis de la regulación de la mediación en Mendoza. ....	54
2.1. Ley 6.354. Ley de Protección de la Minoridad.....	54
2.2. Estadísticas del primer trimestre del 2018. ....	56
Cantidad de causas ingresadas al Cuerpo de Mediadores.....	56
Tabla 1.....	56
Resultados de Pre-mediación.....	57
Tabla 2.....	57
Acciones admitidas que no ingresan al proceso de mediación.....	57
Tablas 3 y 4.....	57
Resultados del proceso de mediación. ....	58
Tablas 5 y 6.....	58
Otras formas de culminación del proceso.....	58
Tabla 7.....	58
Resultados de audiencias. ....	58
Cantidad de audiencias realizadas.....	59
Jurisprudencia. ....	60
Conclusiones finales.....	62
Bibliografía. ....	64
Doctrina.....	64

Legislación.....	64
Jurisprudencia.....	65
Contenidos Web.....	65



## **Introducción.**

En los tiempos actuales en los que vivimos con menos tolerancia y valores, cada día aumentan significativamente el número de matrimonios rotos por diversas causas que derivan en divorcio (Ripol-Millet, 2001).

Esto genera procesos judiciales largos, tediosos y costosos en donde una de las partes será la mayor beneficiada, generando asperezas entre las mismas que tienen que tratar de mantener un buen diálogo y respeto, sobre todo, en el caso de la existencia de hijos en común (Ripol-Millet, 2001).

El nuevo Código Civil y Comercial introdujo reformas para que el matrimonio sea disuelto de manera más expeditiva.

Esta reforma resulta un alivio teniendo en cuenta cómo eran los procesos descriptos supra.

Lograr la sentencia de divorcio hoy en día es mucho más ágil, pero solamente lo es la disolución del vínculo conyugal ya que siguen existiendo los problemas vinculados con lo patrimonial como es la distribución de los bienes.

La ley 26.589 de Mediación y Conciliación establece la obligatoriedad de la mediación prejudicial, en el caso del Convenio Regulador puede ser sometido a mediación ya que si bien el artículo 5° de dicha ley enumera los casos excluidos del procedimiento de mediación obligatoria, en el inciso b menciona la excepción de cuestiones de índole patrimonial sobre el divorcio y de otros procesos.

Podemos determinar que la mediación es la actuación en una disputa o negociación, de un tercero admisible por las partes y neutral, que no tiene poder de decisión y asiste a las partes a que ellas mismas establezcan un acuerdo factible y conveniente para las partes (Ripol-Millet, 2001).

En nuestro país es un requisito fundamental la participación de los Tribunales para la disolución del vínculo matrimonial, por lo que en la mayoría de las mediaciones los acuerdos a los que llegue la pareja se transformaran con la asistencia de un abogado, en una propuesta de convenio regulador que será presentada al Juez en un proceso de divorcio que generalmente es de presentación bilateral (Ripol-Millet, 2001).

Si el contenido y la forma del convenio regulador presentado ante el Juez son cabales, el acuerdo es respetado (Ripol-Millet, 2001).

La mediación no procura facilitar el divorcio ni pretende eludir todo el dolor y la pena que normalmente supone la ruptura del vínculo matrimonial, pero puede disminuir el sentimiento de pérdida y tristeza que todo el proceso judicial de divorcio genera, ayudando a reorganizar sus vidas y su relación para lograr que las partes intervinientes miren hacia el futuro y no hacia el pasado (Ripol-Millet, 2001).

Hay que tener en cuenta que la sociedad está empezando a adaptarse al cambio de legislación en materia de los nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio, además del nuevo proceso para disolver el vínculo matrimonial y actualmente no existen muchos casos en los que se utilicen las mediaciones para pactar el convenio regulador que las partes presenten ante el Juez para su homologación al momento de presentar la demanda de divorcio.

En el tema abordado se planteará el tipo de estudio Exploratorio que tiene como eje central analizar contenidos que han sido poco estudiados y aplicados en los acuerdos reguladores realizados en Mediación, los cuales son poco frecuentes en el ámbito social.

Estos estudios exploratorios nos ayudan a familiarizarnos con temas desconocidos, indagar nuevos problemas, establecer prioridades para investigaciones futuras respecto de un contexto específico (Sampieri, Fernández y Baptista 2014).

Será necesario también acudir a los estudios de tipo Descriptivos, para describir situaciones, contextos y sucesos en donde se busca especificar propiedades, características y perfiles de lo que se someta a análisis (Sampieri, Fernández y Baptista 2014).

En los conflictos relacionados a temas patrimoniales asociados a las personas, cuando los reclamos se judicializan, es habitual encontrarse con que en muchos casos las sentencias no otorgan una solución satisfactoria porque la decisión es de un tercero y no de ellos, dejándolos insatisfechos ya que el proceso judicial no contempla los aspectos relevantes del enfrentamiento, además no satisface las auténticas causas y necesidades que originaron la disputa entre las partes<sup>1</sup>.

Por eso a lo largo del presente trabajo se trata de dilucidar si es efectiva la mediación para la resolución de conflictos entre cónyuges al momento de la distribución de los bienes bajo el

---

<sup>1</sup> [https://www.clarin.com/sociedad/casos-van-mediacion-resuelven-juicio\\_0\\_S16zUXNkRYg.html](https://www.clarin.com/sociedad/casos-van-mediacion-resuelven-juicio_0_S16zUXNkRYg.html)

régimen de comunidad de ganancias, para poder resolver los conflictos entre los ex cónyuges de una manera positiva y pacífica en donde ambos se verían beneficiados.

## Capítulo I.

### 1. Análisis de los regímenes patrimoniales del matrimonio.

#### 1.1. *Concepto de régimen patrimonial.*

El régimen patrimonial del matrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas de interés patrimonial que se constituyen entre los esposos que atiende a las exigencias elementales de carácter económico que surgen del matrimonio como serían los gastos asignados para mantener la vivienda familiar, crianza de los hijos y administración de los bienes de titularidad de cada cónyuge (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016). Frente a terceros abarca la titularidad, administración, disposición, deudas y liquidación de bienes (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

El régimen intenta asegurar el interés pecuniario de los cónyuges sin hacer a un lado a los intereses de terceros conciliando con la estructura jurídica-económica del régimen que los cónyuges hayan adoptado (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Veremos que otras cuestiones de índole económico no integran el régimen como son las relaciones patrimoniales de administración y usufructo de bienes pertenecientes a los hijos bajo la responsabilidad parental y la responsabilidad extracontractual de hechos realizados por los hijos, el derecho sucesorio ab intestato, las pensiones e indemnización por la muerte del cónyuge, todo esto se condiciona por los patrones sociales, culturales y económicos que encuadran los roles asumidos por cada cónyuge (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

La particularidad de este régimen es que el matrimonio es el origen de su existencia, si hubiese una elección de comunidad convivencial similar a las que nacen de la unión conyugal sin matrimonio no habría régimen (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Con la disolución del vínculo matrimonial se distribuyen los bienes entre los consortes, la división del pasivo se propone mientras dure el matrimonio, como así también cuando se disuelva el régimen (Ferrer, 2017).

Se esbozan tres variados regímenes patrimoniales con precisas particularidades cada uno de ellos: el régimen de separación de bienes, el régimen de comunidad y el régimen de

participación en las ganancias. En numerosas legislaciones se reglamenta un régimen obligatorio que regula sea cual sea el régimen elegido por los consortes, llamado Régimen patrimonial primario, que impone la carga a los consortes con relación a la crianza de los hijos, el sostenimiento del hogar, el cuidado y conservación del hogar familiar (Ferrer, 2017).

### *1.2. Régimen de separación de bienes.*

El matrimonio no varía la propiedad de los bienes, por lo que cada cónyuge obtiene para sí, gestiona y dispone de sus bienes sin que haya conflicto sobre la clasificación de los bienes. Este régimen se particulariza porque los patrimonios de los esposos se mantienen autónomos entre ellos pero teniendo cierto punto de conexión entre sí. La casi total autonomía del patrimonio de los esposos disminuye con respecto a determinados bienes como ser el hogar conyugal y con la obligación de contribuir con los gastos del sustento familiar y crianza de los hijos (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Los consortes se obligan al pago de las deudas personales que hubieren contraído, además no son responsables por las deudas del otro cónyuge, salvo que se obtuvieran para pagar necesidades del hogar (Ferrer, 2017).

Su aplicación establece una más simple administración de los bienes ya que no hay intromisión del otro cónyuge lo que es muy beneficioso ya que previenen los litigios de la liquidación de la comunidad (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Cuando la sociedad conyugal se liquida en este régimen, no hay una masa común de bienes susceptible de ser dividida. En bienes muebles que generalmente son improbables determinar la propiedad se estima que pertenecen a los dos cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede impulsar la partición en caso de poseer bienes en condominio (Ferrer, 2017).

Según el art 507 del Código Civil y Comercial de la Nación el régimen de separación de bienes cesa por la disolución del matrimonio o por la modificación del régimen convenido y el art. 508 enuncia que por falta de acuerdo de los ex cónyuges la partición de bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias.

### *1.3. Régimen de participación en las ganancias.*

Mientras dure el matrimonio los cónyuges son autónomos en la administración y disposición de sus bienes no importando si estos fueron obtenidos antes o durante el matrimonio. Ante los acreedores responden con la totalidad de sus bienes, excluyendo al régimen patrimonial primario de sostenimiento de las cargas del hogar y conservación de la vivienda de la familia (Ferrer, 2017).

Cuando el régimen finaliza, no hay un conjunto de bienes que se deba dividir entre los consortes, pero se manifiesta para cada esposo el derecho a participar de las ganancias obtenidas por el otro esposo durante la duración del matrimonio regulado por este régimen. Este beneficio se dará de cotejar el patrimonio inicial y final de los consortes. La diferencia conformará la ganancia obtenida por cada esposo particularmente y cuando alguno de ellos no haya obtenido ganancia, tiene derecho a la mitad de la ganancia del otro cónyuge. Cuando el patrimonio final de uno de los esposos es menor al inicial, el déficit lo soporta el perdidoso. En el caso de que los dos cónyuges hayan incrementado sus patrimonios, el que tuviera menores beneficios, tiene derecho a la mitad de la diferencia entre la ganancia propia y la alcanzada por su cónyuge (Ferrer, 2017).

El régimen de participación no conforma una masa ganancial sino que constituye un crédito a favor de uno de los esposos para igualar ganancias efectuadas en el matrimonio, dicho de otro modo, es que al momento de la disolución nace un derecho creditorio para equiparar los patrimonios (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

En el momento en que se conviene adoptar el régimen de participación para la regulación del matrimonio, cada consorte deberá elaborar un inventario notarial de los bienes que posea, de las deudas y las cargas, si no lo hicieran se presume que todos los bienes existentes son gananciales (Ferrer, 2017).

### *1.4. Régimen de comunidad.*

Es la formación de una masa de bienes pertenecientes a los dos cónyuges que al momento de disolverse se repartirá entre estos o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos. No se les

asigna a ambos cónyuges el dominio o propiedad de los bienes comunes ya que no hay cotitularidad de bienes, sino hay derecho de goce común mientras dure el matrimonio y se reparte entre ambos cónyuges al momento de la liquidación de la comunidad (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

En el pasado este régimen acostumbraba a que era el marido el que tenía un dominio extenso de los bienes, pero con subsiguientes legislaciones se fue limitando esta situación hasta que en el presente desapareció totalmente (Ferrer, 2017).

En el régimen de comunidad existen tres ejes de abordaje: 1) La Clasificación de los Bienes en donde se definen cuales son los bienes que se distribuyen entre los cónyuges y cuáles son los que se determinan como propios. 2) La Gestión que especifica cuál de los esposos administra los bienes adquiridos mientras dure el matrimonio. 3) El Pasivo son las relaciones entre los esposos y terceros (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

El régimen de comunidad es el que mejor plasma el vínculo afectivo de colaboración, confianza que singulariza la unión de los consortes en el matrimonio y deriva en el régimen de los intereses patrimoniales. Con este régimen se protege al cónyuge más débil económicamente porque no trabaja fuera de la morada, o a la mujer que ha sido afectada en su crecimiento profesional por dedicar su tiempo a la crianza de los hijos y dedicación al hogar (Ferrer, 2017).

### *1.5. Tipos de comunidad.*

#### *Según la extensión de la masa común:*

La comunidad puede ser universal o restringida. Es universal cuando en la celebración del matrimonio los bienes presentes y futuros se convierten en comunes y al momento de disolverse la comunidad se dividen entre los cónyuges sin miramientos a su procedencia (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Es decir que desde el momento en que se celebró el matrimonio se incorporan a la comunidad todos los bienes a título gratuito u oneroso, como así también las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio y las posteriores. Cuando la sociedad regulada por este régimen, se ejecuta la división por mitades del activo y el pasivo (Ferrer, 2017).

En la comunidad restringida la masa común de bienes se conforma con una parte de los bienes de los esposos y otros quedan por fuera. Puede ser una comunidad de muebles y ganancias que se compondrá de bienes presentes y futuros, y adquisiciones onerosas durante el matrimonio quedando por fuera los bienes inmuebles que cada cónyuge lleve al matrimonio o que adquiere a título gratuito durante el matrimonio o por causa o título anterior al matrimonio o subrogación de un bien propio. O puede ser una comunidad solo de ganancias que está integrada por los bienes adquiridos durante el matrimonio (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

*Según la forma de gestión de los bienes:*

La comunidad puede ser de administración marital que este tipo coincide con sistemas que valoran como incapaz a la mujer casada otorgando la administración de los bienes solo al marido, gracias a la reivindicación de los derechos de la mujer fue restringiéndose (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

En la conjunta la administración es de los dos cónyuges que tienen que actuar de común acuerdo en la gestión de los bienes (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

La comunidad de administración separada cada esposo administra los bienes que adquirió, que pueden ser propios o gananciales (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

En la administración indistinta los actos de administración y disposición de los bienes gananciales pueden ser gestionados por cualquiera de los cónyuges mediando expresa aceptación para garantizar el derecho de los dos esposos (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

*1.6. Régimen de comunidad restringida:*

La Jurisprudencia solucionó que el Código Civil y Comercial de la Nación acoge el régimen de comunidad, en este régimen se diferencian la masa de bienes propios de cada uno de los cónyuges y la masa de bienes gananciales de cada uno de ellos (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Abarca los bienes que a partir del inicio de la comunidad, los esposos adquieran a título oneroso y las deudas que los gravan. Al momento del cese del régimen, se presume que los



bienes ciertos de la comunidad son gananciales, admitiéndose prueba en contrario y esa masa de bienes deben ser liquidados y divididos por mitades iguales entre los consortes. Se reconocen tres masas de bienes: 1) los propios que son de cada uno de los cónyuges y los gananciales propios de cada esposo que los ha aportado al matrimonio; 2) los adquiridos con posterioridad a título gratuito o por título o causa anterior al matrimonio; 3) por subrogación real con otros bienes propios, por accesión y todos los cuales la ley disponga que son propios. La administración le atañe únicamente al titular (Ferrer, 2017).

La titularidad de un bien es definida únicamente por el título de adquisición, si los esposos adquieren un bien se convierten en copropietarios, pero si en el título solamente uno de ellos aparece como adquirente, este será el único dueño con autonomía de ser declarado como ganancial. La sociedad conyugal no crea a los cónyuges en condóminos. Mientras dure la relación conyugal, cada cónyuge tiene solo una posibilidad respecto de la mitad de los bienes gananciales del otro cónyuge y viceversa y este derecho se definirá al momento de su disolución (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Este régimen es el más utilizado en el presente ya que respeta los bienes propios de los consortes y ayuda a evitar los problemas originados del régimen de comunidad universal, además se avala que los bienes conseguidos por el esfuerzo y aval del otro esposo en los otros ámbitos de la vida en común (Ferrer, 2017).

Las normas para la clasificación de los bienes en propios o gananciales están dispuestas en los artículos 464 (bienes propios) y 465 (bienes gananciales) del Código Civil y Comercial de la Nación, sin que los cónyuges puedan establecer lo contrario (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

El art. 463 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que a falta de elección de un régimen en la convención matrimonial, los nuevos esposos quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias.

### *1.7. Cese del régimen.*

Las causas por las que se extingue el régimen es por la disolución del matrimonio y por el cambio del régimen acordado por los consortes. Si hubiera disolución del matrimonio, el régimen finaliza desde la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges

dispuesto por el art. 480 del CCCN, en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación de bienes sin divorcio. En el caso de que el régimen se extinguiera porque los esposos optaran por cambiar de régimen, la extinción se produce entre los cónyuges desde el día en que firman la escritura de cambio de régimen, y con relación a los terceros el art. 449 dispone que desde que el cambio se anotó en el acta de matrimonio (Ferrer, 2017).

## **2. Liquidación de la comunidad.**

La liquidación de la comunidad es el conjunto de operaciones que deben efectuarse consecutivamente a la disolución de la mencionada, y de forma anterior a la partición, para precisar el carácter de los bienes y distinguir los propios de los gananciales (Ferrer, 2017).

La liquidación se constituye con el cúmulo de operaciones jurídico-contables que se llevan a cabo para hacer viable la partición, para garantizar a cada esposo la a la mitad de los bienes gananciales que le adjudica el artículo 498 (Ferrer, 2017).

Nuestro código tiene una minuciosa y detallada reglamentación en la Sección 7ma a la Liquidación de la comunidad sobre las recompensas entre los cónyuges de los arts. 488 al 495 y la Sección 8va sobre la Partición. El artículo 497 establece que la masa común partible se integra con la suma de los bienes gananciales líquidos de ambos cónyuges, el artículo 500 dispone que el inventario y división se hace según la forma para la partición de las herencias. Lo que quiere decir es que si hay dos masas de bienes gananciales, hay que liquidarlas por separado ya que cada cónyuge debe pagar las deudas que pudieran existir con sus bienes propios y los gananciales que adquirió para posteriormente arreglar las cuentas entre ellos a través del sistema de recompensas y por último dividir el saldo líquido (Ferrer, 2017).

### *2.1.Causales de extinción de la comunidad.*

El art. 475 del Código Civil y Comercial de la Nación establece las siguientes causales de extinción de la comunidad:

- Muerte comprobada o presunta de alguno de los cónyuges

- Anulación del matrimonio putativo
- El divorcio
- La separación judicial de bienes
- La modificación del régimen matrimonial convenido

Con la sanción del nuevo Código Civil se introdujo una excepción de gran relevancia que sería la causal de modificación del régimen matrimonial convenido que es el único medio convencional para disolver el régimen ya que antes únicamente solo se realizaba mediante una sentencia judicial o cuando se producía la muerte de alguno de los cónyuges (Bedrossian, 2017).

Luego de haber expuesto cada uno de los regímenes, la mediación se podrá utilizar para el régimen de comunidad y régimen de participación en las ganancias, debido a que en estos casos puede llegar a desembocar en un conflicto entre las partes al momento de producirse la disolución de la Sociedad Conyugal.

## *2.2.El divorcio. Antecedentes.*

El Código Civil regulaba el divorcio para aquellas personas que no profesaban la religión católica ya que para los casos en que los cónyuges fueren los dos católicos la autoridad eclesiástica era la encargada de regular impedimentos, dispensas y divorcios. Por lo tanto el divorcio en el Código Civil regulaba a matrimonios de personas no católicas y que se basaba solamente en la separación personal de los cónyuges y no volvían a adquirir la aptitud nupcial (Bedrossian, 2017).

Quien conocía en las causas de divorcio era el Juez Civil y las causales de divorcio en estos matrimonios eran: 1) Adulterio, 2) Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro

Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro cónyuge como autor o cómplice, 3) La provocación a cometer adulterio u otros delitos, 4) Malos tratos excesivos o Sevicia, 5) Injurias graves, 6) Malos tratos reiterados, 7) Abandono voluntario y malicioso. Los cónyuges que hubieren sido causantes del divorcio podían pedir si la otra parte poseía los medios a que le proporcionara lo necesario para su manutención si no le era posible subsistir por sus propios medios (Bedrossian, 2017).

La ley 14.394 en su art. 31 disponía que cumplido un año de la sentencia de divorcio, los cónyuges podían presentarse ante el juez que decretó la sentencia de divorcio y solicitar que disolviera el vínculo matrimonial si no hubieren manifestado cónyuge y 3) Malos tratos u ofensas, para acceder al divorcio siempre debía basarse en una causal que responsabilizara a uno o a ambos esposos (Bedrossian, 2017).

La ley 2.393 estableció la ceremonia civil obligatoria además de ordenar para todos los casos que se presentaran la actuación judicial para ordenar el divorcio que solamente se basaba en la separación personal y no disolvía el vínculo matrimonial de los esposos (Bedrossian, 2017).

El divorcio se afianza con una naturaleza causada requiriéndose siempre la imputación de culpabilidad de uno o ambos esposos y a la vez expandiendo las causales en los casos que podía ser solicitado, se dispuso como causales: 1) Adulterio, 2) por escrito su reconciliación. Si el juez llevaba a cabo la declaración, esta permitía la nueva aptitud nupcial de los cónyuges (Bedrossian, 2017).

Cuando el divorcio vincular se incorporó a la legislación argentina hubieron quienes se opusieron a esta figura ya que la sociedad era mucho más conservadora de lo que es en la actualidad, por eso la separación tuvo su lugar como una opción al divorcio (Bedrossian, 2017).

Antes de la reforma la ley establecía ciertos plazos para acceder al divorcio, estos plazos terminaban siendo una odisea para las personas que querían divorciarse prematuramente y eran forzadas a esperar el tiempo impuesto o efectuar el pedido justificándose en causales donde se exigía la atribución de culpa lo que solo generaba un empeoramiento de la disputa (Bedrossian,

### *2.3. Efectos del divorcio.*

La sentencia de divorcio tiene como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial y la obtención nuevamente de la aptitud nupcial. El divorcio es únicamente declarado judicialmente ya que nuestra legislación no admite el divorcio administrativo. Tanto en los inicios del vínculo matrimonial a través del oficial del Registro Civil como en su finalización debe ser un juez quien dicte dicha sentencia, también es así cuando se lleguen a acuerdos sobre los efectos del divorcio, estos deben ser revisados por el juez para examinar si dichos acuerdos vulneran los intereses de la familia (Bedrossian, 2017).

El matrimonio necesita de una voluntad continua y permanente de elección de un cónyuge respecto del otro para sostener el matrimonio y si esta voluntad dejara de existir, el vínculo matrimonial no tiene ningún sentido y tendría que disolverse viéndose de esta manera que el divorcio no es más que un remedio legal ante la vicisitud (Bedrossian, 2017).

Con la eliminación de las causales subjetivas, lo que se buscó fue ayudar a los cónyuges a sobreponerse al quiebre del matrimonio de la forma menos dolorosa posible ya que la experiencia judicial ha demostrado el elevado grado de deterioro y devastación emocional por el que transitan los esposos y sus familiares ya que la adjudicación de culpas en el divorcio cuando es contencioso los principales perjudicados son los hijos (Bedrossian, 2017).

El proceso judicial ya no es más un ambiente dispuesto para que los cónyuges ventilen reproches, resentimientos, etc. Si bien la ley no puede conducir los sentimientos y el nivel de disputa lo que se busca es prevenir un ambiente que aumente el conflicto (Bedrossian, 2017).

El nuevo Código favorece a la autonomía de la voluntad de las partes para que sean los mismos cónyuges los que resuelvan los conflictos personales y patrimoniales derivados del divorcio (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

En este ámbito predomina el principio de autonomía personal, por lo que si las partes llegan a un acuerdo, no habría impedimentos para pactar la manera en que se llevará a cabo. Si el que decide es un juez, se deberá respetar las pautas que establecen las leyes (Molina de J, 2018).

La reglamentación jurídica de los resultados del divorcio está encaminada a fomentar el arreglo no contenciosos de los efectos que este tipo de circunstancias traen aparejadas (Molina de J, 2018).

Se tendrá mayor miramiento para establecer la forma de la compensación al acuerdo de los ex consortes que se podrá regular en distintas etapas o escenarios: en el convenio regulador que posteriormente será homologado judicialmente, en instancia de mediación prejudicial o judicial previa, etc. (Molina de J, 2018).

#### *2.4. Divorcio unilateral o bilateral.*

La consideración de la libertad y autonomía de la persona y su plan de vida, obliga a no forzar a una persona a permanecer en un matrimonio en el que ya no quiere estar, por ese motivo

se dispone el divorcio unilateral, dicho en otras palabras que puede ser pedido por uno de los esposos sin la aceptación del otro cónyuge. En la legislación precedente para que esto sucediera debía haber una imputación de culpabilidad del otro cónyuge o una espera de tres años de separación de hecho sin voluntad a unirse (Bedrossian, 2017).

La solicitud unilateral no tiene grandes requerimientos para su procedencia, solamente el solicitante tendrá que presentar una propuesta regulatoria sobre la forma que estima que deben ser normados los asuntos conexos al divorcio (Bedrossian, 2017).

Se conserva la facultad de la presentación conjunta de los esposos de petitionar el divorcio que ahora se lo denomina como divorcio bilateral (Bedrossian, 2017).

### *2.5. Procedimiento del divorcio.*

Se sugiere que apaciguar las relaciones familiares no alcanza solo con prohibir a los cónyuges la oportunidad de atribuirse recíprocamente la responsabilidad del fracaso del matrimonio sino también determinando reglas precisas que procuran solucionar el conflicto, sobre todo a lo que se refiere con cuestiones vinculadas a el proceso de separación (Bedrossian, 2017).

La obligatoriedad de la mediación pre judicial es un aliciente a estos procesos y además el CCCN en su art. 438 introdujo una innovación que es la obligación de presentar una propuesta regulatoria cuando el divorcio sea solicitado de forma unilateral. El Juez convocará a una audiencia si la otra parte no está de acuerdo para que las partes lleguen a una solución. Las partes también pueden presentar una propuesta mutua que se llama convenio regulador (Bedrossian, 2017).

### *2.6. Carácter del proceso.*

El divorcio solicitado por los dos cónyuges puede ser gestionado a través de un proceso voluntario ya que en esos casos no hay pleito, pero se disipa que los procesos que comienzan como voluntarios pueden transformarse total o parcialmente en litigiosos en cualquier instancia

del proceso cuando surgiera algún tipo de diferencia entre los peticionantes o el surgimiento de alguna oposición por parte de un tercero o representante del Ministerio Público. En este tipo de procesos se ejerce la función jurisdiccional ya que es el Juez quien dicta el divorcio aunque no sea un procedimiento litigioso (Bedrossian, 2017).

La solicitud ya sea bilateral o unilateral, se determina como un acto en cuya eficacia se exige ante la justicia, la emisión de un dictado de una resolución constitutiva que crea un nuevo estado de familia al disolver el vínculo matrimonial (Bedrossian, 2017).

### *2.7. Propuesta reguladora y Convenio Regulador.*

El artículo 438 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición”

Si es un divorcio solicitado unilateralmente, el otro cónyuge puede hacer una propuesta reguladora diferente.

Los cónyuges deben acompañar los elementos en los que se fundamentan al momento de elaborar las propuestas reguladoras, además el juez puede ordenar que se integren otros elementos que estime importantes (Bedrossian, 2017).

El juez evaluará y considerará las propuestas y citará a las partes a una audiencia, si hubiere algún tipo de disconformidad entre las partes, esto de ninguna forma suspendería el dictado de la sentencia de divorcio (Bedrossian, 2017).

En caso de suscitarse oposición de alguna de las partes sobre los efectos del divorcio o el convenio menoscaba los intereses de la familia, serán resueltas por el juez de conformidad con el proceso de la ley local (Bedrossian, 2017).

El artículo 439 del CCCN establece: “El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria...” como así también otros temas que tengan importancia para los cónyuges tratar en estos convenios (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Es necesario para un mejor entendimiento del asunto poder diferenciar entre convenio regulador y propuesta reguladora. En la propuesta reguladora es confeccionada por uno de los cónyuges y se exige que constituya la forma en cómo se distribuirán los bienes, la vivienda familiar, compensaciones económicas, prestación alimentaria de los hijos y como va a ser ejercida la responsabilidad parental (Bedrossian, 2017).

Puede ocurrir que en un divorcio solicitado conjuntamente los esposos presenten propuestas regulatorias diferentes que estarán destinadas a formar parte de un posible futuro acuerdo en una instancia posterior a la decisión del juez en donde decidirá la regulación de los efectos del divorcio, esto sucedería ocasionalmente ya que la propuesta reguladora se presenta en los casos de divorcios unilaterales (Bedrossian, 2017).

El convenio regulador conlleva a un acto jurídico bilateral familiar en el que los esposos convienen la forma que se organizaran las cuestiones antes referidas (Bedrossian, 2017).

En el caso de la existencia de hijos el convenio regulador puede apuntar a cómo y por quién será el cuidado de estos además de fijar el valor de los alimentos (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

La ley considera de suma importancia el derecho de los menores a sostener una comunicación inmediata y constante con los dos padres que se debe dar en relación a las necesidades de los menores. En el caso de la existencia de hijos el convenio regulador puede apuntar a cómo y por quién será el cuidado de estos (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

El convenio regulador puede contener el compromiso de la comunicación de los menores con miembros de la familia o personas que integren el entorno afectivo de las partes (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Los cónyuges pueden pactar en el convenio regulador delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente si es en beneficio de los hijos y por causas debidamente justificadas, debe ser homologado por el juez escuchando a los menores preliminarmente, el plazo máximo de este acuerdo es de un año pudiendo renovarse por el mismo tiempo siempre que sea justificado. Esto se da así ya que la ley supone que los padres son las personas más adecuadas para saber cuáles son las decisiones más correctas para sus hijos (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).



El artículo 434 del CCy C dispone los alimentos para después del divorcio que se pueden pactar en el convenio regulador a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al momento del divorcio que le impide sustentarse a sí mismo, a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni la posibilidad de proveérselos y se tiene en cuenta la edad del cónyuge, la formación y a quién se le atribuye la vivienda conyugal. La obligación no puede durar más de lo que duró el matrimonio y no procede a favor de quién recibe una compensación económica (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

Los cónyuges pueden convenir o uno de ellos solicitar la atribución de la vivienda familiar y para esto se tendrá en cuenta las condiciones de la persona como ser la edad, estado de salud, situación económica, etc. (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

La distribución de los bienes se dará en según el régimen patrimonial elegido ya que si hubiere algún tipo de conflicto con bienes que la propiedad no se puede demostrar si las partes hubieren optado por el régimen de separación de bienes, pueden incluir una cláusula sobre esta cuestión. Si hubieren optado por el régimen de comunidad de ganancias puede incluirse un proyecto que considere asumir las deudas y la distribución de las ganancias (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

### *2.8. Eficacia del convenio regulador.*

El artículo 440 dispone que el juez pueda solicitar al que corresponda las garantías reales o personales para que el convenio sea admitido y homologado, siendo este verificado con posterioridad si la circunstancia cambia. Si en el caso hipotético de un convenio regulador que ya se hubiera pactado por las partes en el que se arreglara una compensación económica, el cónyuge obligado manifestara acciones fraudulentas para despojarse de sus bienes, el juez podrá exigir las garantías reales o personales como un requisito para la aprobación de lo pactado. El juez debe otorgar todas las medidas de seguridad para impedir que uno de los cónyuges que tenga la administración y la disposición de los bienes ponga en riesgo los bienes y derechos del otro cónyuge cualquiera sea el régimen patrimonial (Kemelmajer de C., Herrera y Lloveras, 2016).

## Capítulo II.

### 1. Análisis de la Mediación

#### *1.1. Concepto.*

La mediación es un método de resolución de conflictos no adversarial en el que el mediador es un intermediario imparcial que no tiene influencia sobre las partes siendo su función la de colaborar a que estos hallen un punto de conformidad en la disputa (Highton y Álvarez, 2004).

Sería conveniente que cuando se originará un conflicto entre los individuos recurrieran a un método colaborativo para resolver la disputa, especialmente si las personas deben respaldarse mutuamente en un futuro. En la mediación se induce a reconocer y determinar los puntos centrales del problema, a amoldar sus intereses a los de la otra parte, a inspeccionar todas las pautas posibles de conciliación del conflicto, además de tener una perspectiva para las dos partes más fructífera del problema (Highton y Álvarez, 2004).

La mediación explica un grupo de prácticas desarrolladas para colaborar con las partes en conflicto en el cual un tercero neutral (el mediador) auxilia a las partes a conversar y efectuar acciones libres y anunciadas para lograr la resolución de la controversia (Highton y Álvarez, 2004).

El mediador por medio de una serie de estrategias y técnicas ayudará al cambio de postura de las partes, en donde expondrá el sentido de realidad indispensable para conseguir acuerdos apropiados. En la mediación el mediador actúa para pedir y facilitar la discusión y su consecuente solución de la controversia sin señalar cuál tiene que ser la solución del problema (Highton y Álvarez, 2004).

La mediación es un procedimiento informal pero es estructurado, en el cual el mediador colabora a que los contendientes arriben a una resolución que los dos hayan aceptado. Este acerca a las partes y es su única función, ya que no es juez ni abogado que aconseja ni patrocina a las partes, haciéndolo en un ambiente apropiado a través de un método de múltiples etapas, empleando sus habilidades adquiridas para estos casos, rompiendo el hielo entre las partes,

sacándolos de sus inflexibles posiciones haciendo que se abran a soluciones más creativas (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.2. Ventajas de la mediación.*

La mediación es un método maleable siendo este uno de sus valores fundamentales, por eso es que la mediación puede ser formal que sirve para resolver conflictos entre empresas, menos formal que serviría para solucionar problemas de tipo vecinales, y por último puede ser informal que podría ayudar a resolver disputas menores como por ejemplo conflictos familiares. El mediador no se rige por normas procesales dentro del procedimiento y puede con técnicas especiales facilitar el caso tratado y prescindir de lo irrelevante (Highton y Álvarez, 2004).

El nivel de formalidad se determinará por el contexto y las partes intervinientes, incluso cuando el proceso de mediación fuera formal, la misión del mediador es lograr un clima más distendido tratando de no asemejarlo al de un tribunal, creando una atmósfera apropiada para negociar y estimular en las partes una pretensión adecuada para la solución de su conflicto (Highton y Álvarez, 2004).

El tercero neutral que interviene en el caso que es el mediador, emplea técnicas específicas y con ingenio escucha, interpela a las partes y despeja el problema, otorga opciones y obtiene que las partes en conflicto lleguen a su propia solución. El mediador tiene que lograr que las partes se den cuenta de cuáles son los auténticos intereses que tienen en el conflicto, además de hacer que comprendan la diferencia de lo que quieren y lo que en verdad necesitan, comprendan las peticiones y necesidades de la otra parte y hagan una valoración de las alternativas siendo objetivos. El mediador incentiva a alcanzar un acuerdo sin manipular y sin coaccionar, su misión es crear indecisiones y vacilaciones en las partes intervinientes para que puedan apreciar su débil posición que tienen en el conflicto y puedan tener una mente más abierta para la llegada de la solución (Highton y Álvarez, 2004).

En otros métodos de resolución alternativa de conflictos se le otorga a un tercero la resolución de la disputa por lo que las partes no tienen control de la controversia, en cambio en la mediación las partes son las que participan en todo el proceso negociando conforme a sus intereses y no encomiendan el control del proceso a un tercero. Un aspecto positivo que tiene la mediación es que las partes no pierden nada con un intento de mediación frustrada ya que

conservan los mismos derechos y oportunidades de poder resolver el problema por otro medio (Highton y Álvarez, 2004).

La mediación hace hincapié en el futuro ya que no juzga el pasado para ver quién tiene la culpa, solo se dedica a hallar una resolución al conflicto (Highton y Álvarez, 2004).

Las ventajas de este método son:

1) Rápida: uno de los mayores perjuicios más gravosos del sistema judicial es la demora y que usualmente la sentencia llega cuando es tarde y una solución que puede tardar años, con la mediación estos plazos se acotan y pueden terminar con el conflicto en pocas semanas de cuando se suscito el problema. Todas las etapas en el proceso de mediación pueden ser cumplidas en pocas semanas, un solo día o incluso en unas horas. La dilación de la mediación dependerá concretamente de la magnitud del caso, en la cantidad de partes o la premura que tengan por solucionar el conflicto, pero siempre el tiempo es mucho menor que en los Tribunales (Highton y Álvarez, 2004).

2) Confidencial: la primordial obligación del mediador es la confidencialidad, tiene el deber de resguardar el secreto de todo lo que sea declarado en las audiencias. Gracias a esta característica las partes pueden sentirse libres de inspeccionar con sinceridad todos los puntos de vista del conflicto y las posibles opciones para una solución. Las partes deben sentirse seguras de que nada de lo que digan será usado en su contra bajo ningún punto de vista en caso de que la mediación fracase y deban recurrir a un tribunal, para eso las sesiones de mediación son siempre a puertas cerradas y no se transcribe nada a un expediente de lo que sucede o se dice en las audiencias, tampoco el mediador puede divulgarlo por ser una regla básica de su rol. Si la mediación fracasa, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al juzgado competente que la mediación no se logró con éxito pero no puede comunicar lo dicho ni lo declarado por las partes (Highton y Álvarez, 2004).

3) Económica: la actuación se dan a cambio de pagos mínimos en comparación con los costos de llevar el litigio dentro del sistema formal judicial (Highton y Álvarez, 2004).

4) Justa: como son las partes las que encuentran la solución, esta se adecuan a las necesidades de los contendientes (Highton y Álvarez, 2004).

5) Exitosa: estadísticamente el resultado es muy favorable según la experiencia de países que han incorporado la mediación como método de resolución de conflictos (Highton y Álvarez, 2004).

La mediación puede ser ofrecida o solicitada, siendo la solicitada la menos frecuente en donde necesitan de un ajeno para ayudarlos a resolver un problema que no pueden lograr resolver sin ayuda. En el otro caso la iniciativa de someter el conflicto en mediación es del tercero quien intenta ayudar a que la cuestión se solucione de manera pacífica y lo más común es que sea ofrecida por un tribunal (Highton y Álvarez, 2004).

Según las autoras las características de la mediación son:

- Cooperación.
- Autocomposición.
- Confidencialidad.
- Acento en el futuro.
- Economía de tiempo, dinero y energías.
- Informal pero con estructura.

Tomando como base el análisis de Highton y Álvarez (2004), los casos en los que se recomienda utilizar la mediación, debido a la experiencia y éxitos de casos en los que se ha aplicado son:

► Cuando las partes tienen una relación que perdurará en el tiempo por lo que quieren terminar con el problema pero no con la relación (es el caso de cuando hay hijos de por medio)

- ▶ Cuando ambas partes tienen buenos argumentos y existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros.
- ▶ Cuando las partes quieren mantener el control sobre el resultado de la disputa.
- ▶ Cuando la disputa no conviene a nadie y ninguno desea entablar juicio.
- ▶ Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa.
- ▶ Cuando no existe disparidad de poder.
- ▶ Cuando se quieren economizar los costos.
- ▶ Cuando se quiere solucionar el problema rápidamente.
- ▶ Cuando se desea mantener una situación de incognito, privacidad y reservado.
- ▶ Cuando las partes comparten responsabilidad por la condición del problema.
- ▶ Cuando la ley no otorga a las partes la solución que ellas pretenden.
- ▶ Cuando se encuentran en juego temas técnicos y complejos.
- ▶ Cuando a las partes les es necesario una oportunidad para desahogar angustias producidas por el conflicto.

Los casos en los que no es recomendable aplicar la mediación, ya que solamente una de las partes hallará beneficio en ella son:

- ▶ Cuando alguna de las partes quiera probar la verdad de los hechos.

- ▶ Cuando una de las partes tiene una cuestión fundamental de principios e innegociable.
- ▶ Cuando una de las partes está ausente o incapacitada.
- ▶ Cuando una de las partes no tiene interés de llegar a un acuerdo.
- ▶ Cuando la lentitud del proceso judicial beneficiará en mayor medida a una de las partes.
- ▶ Cuando la controversia involucra delitos de acción pública.
- ▶ Cuando el actor pretenda obtener sumas monumentales que escapen de la posibilidades reales.
- ▶ Cuando ninguno de los contendientes está dispuesto a considerar la posibilidad de un arreglo.
- ▶ Cuando se pretende es establecer un precedente legal.
- ▶ Cuando una de las partes tiene un interés que desea ver reconocidos en una decisión emanada de un tribunal.
- ▶ Cuando el orden público esté implicado y la jurisdicción de un tribunal es fundamental.

Si se estima que la mediación no logrará resolver el conflicto se debe recomendar que se radique la causa en un tribunal o se logre la resolución por otro método de resolución de conflictos (Highton y Álvarez, 2004).

Los juzgados suelen hacer una evaluación de casos que pueden ser derivados a una mediación motivados gran parte por la falta de recursos. Esta selección debe hacerse sobre

criterios establecidos de que la mediación pueda tener un alto grado de éxito (Highton y Álvarez, 2004).

Según las autoras,

Si un caso ha sido derivado a mediación con carácter de obligatorio, las partes pueden hacer consideraciones sobre el momento en que la causa debe ser sometida a tal procedimiento, pero es el tribunal mismo quien debe hacer la determinación sobre cuál es el tiempo apropiado para tal derivación. Los tribunales deben establecer los plazos límites probables para el proceso de mediación, los que pueden ser prorrogados por el tribunal si las partes demuestran que la continuación del procedimiento contribuirá a la resolución del conflicto (Highton y Álvarez, 2004, p. 204).

### *1.3. Derivación judicial de casos.*

A partir de que las partes hayan sido debidamente informadas del procedimiento y puedan hacer una elección, la derivación debe ser hecha cuanto antes. Los Tribunales deben otorgar la oportunidad de que en cualquier momento del proceso las partes puedan determinar el momento de la derivación del caso para tratar de ser resuelto en mediación. Si la derivación del caso tuviese carácter de obligatorio, las partes pueden pensar sobre el momento más oportuno para ser sometidas a mediación pero será el Tribunal el que definirá cuando es el momento más conveniente para la derivación del caso. Los Tribunales determinarán plazos límites para la mediación que podrán ser prorrogados si los contendientes manifiestan que la continuación del proceso cooperará a la solución de la disputa (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.4. Equilibrio de poder entre las partes.*

La desigualdad en el poder relativo que presenten las partes podría repercutir de manera negativa sobre la aptitud del procedimiento y la del acuerdo, pero hay quienes aconsejan la mediación para resolver conflictos en el que hay un desequilibrio de poder por su propia potencialidad igualadora, no obstante en casos extremos es deber del mediador dar por terminado su misión cuando una de las partes se ve atemorizada o amenazada o esté tan desinformada que pueda aceptar cualquier acuerdo que sea perjudicial para ella (Highton y Álvarez, 2004).

El mediador de ninguna manera puede abandonar su imparcialidad favoreciendo a la parte que se encuentra en desventaja y deberá mantener un clima apropiado recomendando a las



partes que busquen asesoramiento jurídico o sugerirles que concurran con patrocinio letrado en caso de no tenerlo (Highton y Álvarez, 2004).

Una desigualdad que no es equilibrada puede llevar a la parte más débil a consentir acuerdos leoninos. También se debe cuidar la seguridad de los intervinientes si el desequilibrio de fuerzas fuera físico y existiera violencia y estado de peligro personal, los mediadores deben estar preparados para descubrir los casos extremos y trabajar sin ningún tipo de riesgo en estas disputas (Highton y Álvarez, 2004).

El desequilibrio de poder debe ser enfrentado en todas las mediaciones. La mediación dispone además de los remedios legales, la oportunidad de que las partes recobren su poder y fabriquen un modelo propio de solución de contiendas, si no se puede lograr igualar, se debe interrumpir el procedimiento (Highton y Álvarez, 2004).

#### *1.5. Acercamiento a la mediación.*

El mayor inconveniente es conseguir que las partes convengan asistir a un proceso de mediación para una negociación facilitada (Highton y Álvarez, 2004).

Según las autoras los individuos pueden acercarse a mediar por:

- ▶ Contacto de una de las partes con un mediador, y este último se pone en contacto con las otras partes.

- ▶ Por proposición de un mediador.

- ▶ Derivación judicial.

- ▶ Imposición legal de someterse a un proceso de mediación.

La modalidad para preparar la táctica para la mediación será diferente en cada proceso, ya que si ambas partes han acudido de forma libre y espontánea, decididos a querer intentar resolver el problema, tendrán más ventaja y un gran camino recorrido en cuanto a aquellos casos en los que hay una imposición para realizar la mediación (Highton y Álvarez, 2004).

#### *1.6. Citación de las partes.*

Exceptuando a las partes que se hayan puesto de acuerdo en realizar una mediación y por eso se comuniquen la fecha de la audiencia, es indispensable citar a las personas implicadas en el conflicto a la sesión de mediación, habiendo explicado con anterioridad las características del proceso, hayan sido o no explicadas por otro medio o persona (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.7. Presentación obligatoria a la mediación.*

La asistencia forzosa a una primera sesión puede resultar conveniente en los casos en que la disposición pueda ayudar al rédito de las partes, del sistema judicial y de terceros (Highton y Álvarez, 2004).

Según las autoras los Tribunales deben imponer la presentación obligatoria cuando:

- ▶ No haya coacción inapropiada para alcanzar una solución: ya sea por informes del juez o penas pecuniarias si se insiste en proseguir con el juicio.

- ▶ Que el gasto del proceso de mediación se ocupen fondos públicos.

- ▶ Que los programas de mediación sean: de simple acceso, concedan la participación de las partes, la de los abogados cuando lo prefieran los contendientes, y ofrezcan información cabal sobre los procedimientos a realizar.

Para escoger los casos que serán derivados a mediación, los tribunales pueden emplear una pluralidad de medios. Estos deben proporcionar una valoración de cada caso específico para definir si es adecuado su envío a mediación debiendo tomar en cuenta el entendimiento de las personas intervinientes del problema, sus recursos y la experiencia (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.8. Tipo de comunicación.*

Si bien lo que se dice en una audiencia tiene más importancia que cómo se dice, profesionales de otras áreas han hallado variadas formas de comunicación no verbal la que se le concede un papel de suma relevancia en establecer una relación. Esta se integra por tres canales de expresión: Proxemia: aludida a la relación en el espacio. Kinesia: aludida al movimiento o no del cuerpo. Paralingüística: aludida al ritmo, tono o volumen de la voz. No prevalecen cualquiera

de los niveles antes mencionados sobre otro y el compaginar a estos tres canales hace que se establezca una fuente rica de información. Para enviar y recibir correctamente la comunicación no verbal, deben conocerse sus componentes para poder considerar su significado y el mediador es quien debe saber reconocer lo que pasa y controlar estos mecanismos para no ser incoherente entre su mensaje verbal y no verbal (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.9. Captación del espacio y elección del lugar.*

La captación hecha por el mediador debe de ser profunda en varios aspectos y no solo en lo óptico, él debe ser un escucha activo y debe ser bastante observador con el lenguaje del cuerpo. Debe además explotar su instrucción sobre el espacio para organizar de manera apropiada el lugar en donde se realizará la mediación. El movimiento y la modificación de la distancia entre los individuos cuando interactúan deben ser estimados por el mediador ya que es una parte importante que compone el proceso de la comunicación (Highton y Álvarez, 2004).

En la mediación privada, la elección del lugar será distinta para cada caso, es mucho más apropiado que el lugar sea imparcial ya que beneficiará el clima de equilibrio si ambos contendientes son ajenos y será un punto en común entre ambas partes. Un mediador de un Centro de Mediación tendrá una sala para realizar la mediación dentro del establecimiento. En definitiva, lo que el mediador debe procurar es que la mediación se realice en un sitio neutral para no perjudicar susceptibilidad de los contendientes y no ver comprometida su propia objetividad (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.10. Comienzo de la mediación.*

Cuando comienza el proceso de mediación se tiene que hacer ingresar a todas las personas que hayan concurrido que pueden ser las partes y sus acompañantes, siendo esta una desigualdad con el proceso judicial ya que solo pueden concurrir las partes (Highton y Álvarez, 2004).

El mediador tiene que confirmar que todas las personas que hayan ingresado a la sala estén dispuestas a colaborar en una negociación facilitada fructífera. Si las partes presentan una postura de antipatía y discordia mutua o se atacan, es indispensable emplear recursos para

tranquilizarlas ya que no se podrá dar comienzo a la mediación si el clima del lugar está trastornado. Si alguna de las partes exterioriza llanto o profunda depresión, se debe calmar al individuo e inspirar confianza sin que pueda mal interpretar que será privilegiado por el mediador ya que ello dará percepción de subjetividad (Highton y Álvarez, 2004).

Es tarea del mediador otorgar una imagen de autoridad y seguridad para poder guiar el procedimiento con solidez. Debe ser flexible y además claro en los criterios del proceso y las determinaciones que tome acerca de la necesidad de posponer la sesión (Highton y Álvarez, 2004).

El proceso de mediación es voluntario y antes de comenzar la audiencia se debe explicar que nadie está forzado a llegar a un acuerdo y cada una de las partes por lo menos tiene que haber sido informado sobre el proceso de mediación su contenido y reglas, haber escuchado el discurso de apertura y haber iniciado el proceso de buena fe. El mediador no posee el poder para detener a nadie que pretenda retirarse, sin importar los efectos legales de su distanciamiento de la mesa de negociación, por lo que el mediador debe explicar que el procedimiento es voluntario y cualquiera es libre de retirarse en cualquier momento, solicitando a estos a que se esmeren al límite de sus posibilidades por permanecer para poder solucionar el conflicto dentro del tiempo establecido (Highton y Álvarez, 2004).

Cuando se inicia el pronunciamiento del discurso de iniciación queda formalmente abierto el procedimiento de mediación y este discurso debe ser claro y breve. Es necesario hacer una presentación de inicio formal para especificar las obligaciones del mediador además de explicar el objetivo de la mediación. Luego de esto, atañe dar la palabra a los contendientes, esta entrega de la palabra manifiesta la capacidad del mediador de hacer frente a las tendencias emocionales de mayor relevancia y pone en evidencia la realidad de las interacciones. Los procedimientos introducen la presentación de una concisa historia de los hechos reseñada por cada una de las partes como así también su punto de vista sobre obligaciones e intenciones, todo esto se lleva a cabo en una sesión conjunta (Highton y Álvarez, 2004).

El mediador concede a los interesados a que detalle su versión de los hechos mientras él y la otra parte escuchan sin hacer interrupciones y sin apurar al locutor para que diga lo ocurrido lo más rápido posible, el mediador debe tener paciencia y encausando con alguna pregunta si se dispersa en su relato (Highton y Álvarez, 2004).

Cuando cada una de las partes hayan finalizado su exposición, el mediador lo reiterará abreviado, tomando en cuenta las acciones e intenciones más significativas, llevando la descripción de los individuos a un lenguaje más neutral que el que fue utilizado (Highton y Álvarez, 2004).

La capacidad que posea el mediador de escuchar activamente a las partes es lo que le posibilitará hacer una síntesis de lo expuesto por los protagonistas del problema. Este resumen puede favorecer a que las partes puedan comenzar a escuchar y entender la perspectiva del otro ya que es más sencillo si es expuesto por un tercero que nada tiene que ver en el conflicto, y pueda entender que tal vez la parte contraria también tenga razón en sus motivos (Highton y Álvarez, 2004).

En el momento en que se llega a esta etapa, las partes inician un diálogo constructivo, el debate de las intenciones y las posturas tienden a manifestar conflictos que pocas veces los protagonistas reconocen. La meta de esta etapa es hacer que las partes puedan comunicar sobre la circunstancia en que se hallen. El mediador debe ayudar a las partes a entender las posturas, carencias y sentimientos de los demás, él se puede empapar en el conflicto lo necesario para que pueda estimar los hechos y dinámica del problema y después debe tomar distancia y considerar los hechos y dinámica del problema desde una visión objetiva para identificar necesidades prioritarias, aclarar suposiciones y prejuicios, hacer hincapié en el futuro, reforzar el procedimiento, replantear el problema, facilitar el surgimiento de nuevas ideas, etc. (Highton y Álvarez, 2004).

La mediación es un proceso que posee fluidez, por lo que el mediador muchas veces progresará en el avance y luego tendrá que volver a retroceder, por eso el intercambio es próspero y produce trabajo cooperativo y entendimiento entre las partes. Lo más adecuado que puede hacer el mediador es alejarlas de lo emocional y aumenten conocimiento de la cuestión de fondo para poder visualizar la perspectiva de la otra parte. La mediación es una técnica efectiva de resolución de conflictos ya que el mediador puede observar el conflicto desde otro lado diferente de cómo lo ven las partes (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.11. Tiempo de las sesiones.*

Es de suma importancia el cómputo del tiempo que dure las sesiones y el tiempo que transcurre entre las sesiones, es trascendental para la efectividad del procedimiento y es importante elaborar un programa de sesiones previa consulta de disponibilidad de las partes (Highton y Álvarez, 2004).

En ciertos casos, una de las partes posee un tiempo definido para la conclusión de la mediación. Estos datos deben ser expuestos durante la primera sesión de la mediación ya que forzará a llevar prontamente a la mesa de negociación los conflictos ocultos y de acelerar la toma de decisiones. Se aconseja estipular que la duración de las sesiones sea de dos horas y evaluar cómo se encuentran los protagonistas quince minutos antes de terminar ese tiempo. También son importantes el número de sesiones de la mediación periódica y los intervalos que se efectúan entre las sesiones ya que también depende mucho de esto la efectividad de la mediación, lo ideal es que sean sesiones semanales y no son recomendables dejar transcurrir más de dos semanas de intervalo de tiempo entre sesión y sesión ya que puede entorpecer severamente a la continuación del procedimiento (Highton y Álvarez, 2004).

### *1.12. Audiencias privadas.*

Los mediadores acostumbran recurrir a las sesiones privadas para poder ocasionar transformación en las partes y poder descubrir intereses e intenciones al reunirse con cada una de ellas de manera separada en una reunión confidencial. El mediador en el discurso inicial debe de hablar de este tipo de reuniones y que es posible que en algún momento del proceso se puede pedir a las partes que acudan a fin de que no se sorprendan o asusten por esta causa (Highton y Álvarez, 2004).

Las audiencias privadas son una técnica bastante beneficiosa mientras dura el proceso de mediación y el mediador debe tener en cuenta que estas audiencias privadas no son más que un instrumento y deben emplearse apropiadamente (Highton y Álvarez, 2004).

El tiempo que el mediador pase con cada protagonista del conflicto no precisa ser igual, pero debe ser semejante y jamás debe ser extenso el tiempo de las audiencias privadas (Highton y Álvarez, 2004).

Las autoras exponen 4 características en donde sugieren el empleo las sesiones privadas:

- La parte contraria no está presente y no influye de forma negativa por esa razón las partes están más sosegadas y se encuentran más comprensivas.
- La persona que se encuentra en la sesión privada se siente más libre de poder hablar con el mediador sobre sus intenciones y las motivaciones personales por lo que la parte contraria no se encuentra presente.
- El mediador puede actuar de manera más libre y de forma más íntima con cada una de las partes sin miedo a parecer que ha tomado partido por alguno de los protagonistas.
- Al no estar presente la otra parte, el mediador puede pedir a cada presente que acepte sus obligaciones para poder resolver el conflicto.

Habiendo analizado los nuevos regímenes patrimoniales del matrimonio y a la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, podemos decir que si las partes sometieran a mediación el conflicto de distribución de bienes bajo el régimen de comunidad de ganancias podrían por medio de distintas técnicas, recorrer una negociación colaborativa, facilitar la comunicación entre los ex cónyuges para lograr entender las razones de cada uno para permitirles llegar a un acuerdo que considere los intereses de ambas partes.

## Capítulo III.

En este capítulo analizaremos la mediación familiar, ya que la familia es un grupo que nos cría, nos forma como personas y establece valores morales, es la cédula social por excelencia.

El sentido de este capítulo es ver como la mediación familiar puede ayudar a los cambios de la situación patrimonial y pueden acomodarse a la nueva realidad como también ver el rol y desarrollo que tiene en la mediación familiar el abogado, por lo que es un espacio multidisciplinario.

### 1. Análisis de la mediación familiar.

#### 1.1. *Concepto.*

La mediación familiar ha sido definida como un proceso en el que una tercera persona imparcial ayuda a los involucrados en una ruptura familiar y en especial, a las parejas en vías de separación o divorcio, a comunicarse mejor entre ellos y a llegar a sus propias decisiones conjuntas, sobre la base de una información suficiente, respecto de algunos o de todos los temas relacionados con la separación, el divorcio, los hijos, la economía y el patrimonio familiar (Parkinson, 2005).

#### 1.2. *Turbulencia, manejo del cambio, y mediación con familias en transición.*

La teoría de la mediación debe explicar la dinámica del proceso, con independencia de su resultado. Necesitamos una teoría que nos explique cómo funciona realmente la mediación, y no cómo debería funcionar. Los mediadores que ven los efectos destructivos de disputa matrimonial y familiar pueden inclinarse a preguntar ¿Por qué el conflicto? El conflicto en la separación y el divorcio encaja notablemente bien con la definición científica de turbulencia: ¿Qué es turbulencia? Es una confusión del desorden en todas las escalas, pequeños remolinos dentro de otros mayores es inestable, sumamente desenfrenado, lo que supone que la turbulencia consume



energía y crea obstáculos. Por lo que se puede decir es que el conflicto en el divorcio derrocha energía y genera trabas (Parkinson, 2005).

El conflicto en sí no es necesariamente destructivo: puede producir cambios positivos y crecimiento. Los facilitadores de la comunicación han de ayudar a las parejas a que conserven la mayor cantidad de energía posible para que logren avanzar y despegar (Parkinson, 2005).

Una crisis en la familia, que ellas son las que luego llevan a la transformación de las relaciones, como cuando las fuerzas de inestabilidad interactúan intensamente con la de la estabilidad, genera oportunidades únicas para el cambio y el crecimiento. La elección del tiempo más propicio para la intervención es crucial: la fase en la que entran los mediadores afecta al nivel y al manejo de la turbulencia. Las intervenciones tempranas son normalmente más influyentes que las tardías, cuando ya se han instaurado modelos o estructuras disfuncionales y resistentes al cambio (Parkinson, 2005).

### 1.3. *Distinción entre el asesor jurídico y el mediador familiar<sup>2</sup>.*

Asesores Jurídicos	Mediadores Familiares
Trabaja dentro de la materia jurídica.	Multi e interdisciplinario
Aconseja a su propio cliente individualmente.	Ayuda imparcialmente, no toma partido por ninguna de las partes.
A menudo empieza con una historia de la disputa.	Invitan a las partes a exponer sus necesidades.
Asesora sobre los derechos que otorga la ley.	Se centra en los intereses comunes.
Obtiene e intercambia formalmente la información económica entre los abogados.	Se recoge y comparte la información económica dentro del proceso de mediación.
Emplea terminología jurídica.	Usa un lenguaje cotidiano.
Se centran en las reclamaciones y quejas de sus clientes.	Enfoque en los arreglos presentes y futuros.

<sup>2</sup> Tabla extraída del libro *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas* de Lisa Parkinson (2005).

Confía en el relato de los hechos de sus clientes y en sus formas de ver los asuntos relacionados con los hijos.	Discusión conjunta con ambos padres sobre sus hijos. Estos pueden intervenir en el proceso.
Aconsejan a sus clientes sobre la mejor línea de acción.	Exploran opciones, no son directivos.
Negocian con “la otra parte” en representación de sus clientes y, a veces, por correspondencia.	Los participantes negocian en las reuniones cara a cara.
Redactan demandas a presentar ante el Tribunal.	Normalmente no redactan documentos jurídicos y procesales.

Cuando se actúa como abogado que aconseja se es más directivo, parcial y táctico, mientras que como mediador-abogado la información se suministra de manera neutral e imparcial y el proceso se construye sobre la franqueza y no sobre la estrategia (Parkinson, 2005).

#### *1.4. Representación letrada en la mediación.*

Asiduamente los abogados creen que deben acompañar a sus clientes en la mediación. En la mediación civil y comercial, ésta es la práctica normal. En cuanto a la participación de ellos en la mediación familiar presenta desventajas cuando éstos no entienden el proceso ni los ajustes en su intervención. Por lo tanto es posible que intenten tomar el control, negociando o discutiendo entre sí e impidiendo a sus clientes que hablen por sí mismos. Si los abogados usan la mediación como una oportunidad para defender a su cliente, se vuelve un proceso de confrontación y deja de ser mediación. Si inhiben la negociación directa de las partes, pueden premeditadamente o involuntariamente, transmitirles el mensaje de que la comunicación sin intermediarios con la otra parte es indeseable, destructiva o peligrosa. Por ello quienes deben dialogar son los propios protagonistas ya que de esa manera se detectan las posiciones, intereses y se podrá llegar a acordar a partir de las propuestas dadas por las partes (Parkinson, 2005).

Muchas son las razones por las que intervienen, como para facilitar que se llegase a un acuerdo, proteger a su cliente. Como también tomado desde otro punto la presencia de letrado, ciertamente, brinda apoyo a un cliente ansioso y vulnerable que, de otro modo podría negarse a tomar parte en la mediación. Sin embargo, también es posible que sean sobre-protectores y

reacios a renunciar al control. Algunos abogados admitieron que asistieron a la mediación para informarse sobre el proceso y las habilidades de mediador. Luego de alguna experiencia de primera mano, los abogados reconocían que los beneficios de la mediación valen más que cualquier potencial inconveniente. Una de las ventajas de la presencia de los letrados es que pueden organizarse descansos durante la sesión de mediación en los que las partes se retiran con su propio abogado y sostienen una breve reunión individual. El asesoramiento jurídico sobre el terreno evita mucho retraso. Los abogados pueden aconsejar a su propio cliente, si perciben que está obstruyendo de alguna forma, explicándole por ejemplo, que su posición es poco realista o poco razonable. Los mediadores no pueden exponer las cosas de una manera tan simple. También pueden ser muy útiles en las negociaciones y en la conclusión del acuerdo (Parkinson, 2005).

Antes de que se invite a los asesores jurídicos a asistir a una entrevista de mediación, es importante que se aclaren y acuerden con ellos algunas reglas básicas para que entiendan y respeten el proceso de mediación. Se adaptaría para ellos el escrito de consentimiento a participar en la mediación. Se adaptaría para ellos el escrito de consentimiento a participar en la mediación, y así, se les puede pedir que firmen un documento reconociendo la confidencialidad del proceso, para que no usen o abusen del contenido de la mediación en un pleito subsiguiente. Así entonces como instrumento se utiliza el consentimiento informado y el convenio de confidencialidad, que delimitan el campo a los abogados participantes (Parkinson, 2005).

### *1.5. ¿Por qué acuden las parejas que se separan a mediación familiar?*

Según la autora, investigadores de la Universidad de New-castle preguntaron a los usuarios por qué habían decidido participar en ella y ellos dieron variadas justificaciones:

- La necesidad de resolver cuestiones que eran incapaces de tratar por sí solos.
- El deseo de llegar a acuerdos juntos, en lugar de ir a distintos abogados.
- Hacer lo mejor para sus hijos.
- Efectuar un divorcio amigable y quedar en buenos términos entre ellos.
- La necesidad de alguien imparcial que les ayudase a discutir sobre temas específicos.

- Evitar al máximo posible los costes legales.
- El deseo de un acuerdo extrajudicial.
- La intervención de una persona imparcial, objetiva y experta.
- Ayuda práctica y emocional al mismo tiempo.

Como forma de ayuda a las familias en la separación y divorcio, la sugerencia más reiterada fue la de darles un acceso más fácil a la información y al asesoramiento. La mediación, como proceso de procurar el acuerdo, no fue bien entendida por los padres o por otros organismos (Parkinson, 2005).

Para que la mediación pueda llegar como la manera normal de resolver los problemas familiares es fundamental una buena propagación. Seguramente es más conocida por el público que hace años atrás y los abogados especializados en familia reconocen sus beneficios, pero también es cierto que los abogados en general aún están mal informados sobre la mediación y pueden oponerse activamente a ella, ya que la ven como enemiga ante sus propios intereses (Parkinson, 2005).

#### *1.6. Estructura del proceso de mediación familiar.*

La mediación ayuda a las parejas que se separan y a sus hijos a manejar la difícil transición de una organización familiar a otra. Usualmente éste es un período lleno de tensión que implica cambios a todos los niveles. Cuando se explican los distintos pasos o etapas del proceso puede contribuir a reforzar a las partes a reducir sus ansiedades y asimismo dotarle de una estructura les ofrece una contención para las emociones que de otra manera serían incontenibles. Por muy potentes que sean los sentimientos y miedos expresados, los mediadores deben mostrar que pueden contenerlos dentro de los límites seguros de lugar, tiempo y comprensión. No hay porque seguir las fases de un proceso según un orden rígido para satisfacer las necesidades que van surgiendo, puede ser que se halla que mover hacia adelante o atrás de una manera más maleable (Parkinson, 2005).

Para la autora una estructura ayuda al mediador a contener y manejar necesidades y emociones, sin perder el rumbo por senderos que no van a ninguna parte. Una estructura básica incluiría los siguientes pasos:

- Implicar a las partes en la mediación.
- Explicar los objetivos y el proceso.
- Acordar el orden del día de la mediación.
- Recoger y compartir la información.
- Explorar las necesidades y opciones.
- Negociar sobre las opciones preferidas.

### *1.7. La recogida de la información económica y patrimonial.*

En las mediaciones que implican temas económicos se pide a cada persona que va a someterse a mediación que complete un formulario o cuestionario financiero como en algunos países como por ejemplo Gran Bretaña. Si las partes aceptan la mediación sobre las cuestiones económicas y patrimoniales, es necesario que ambos estén dispuestos a proporcionar toda la información sobre sus circunstancias financieras. Su voluntad de cooperar con el mediador es esencial, aunque en esta fase no exista colaboración entre las propias partes. Desde el primer momento con cada parte, los mediadores familiares han de generar la motivación explicando el proceso de la mediación y los beneficios de alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable en él. Al firmar el Contrato de Mediación, ambos participantes confirman su disposición a suministrar toda la información económica y las copias de los documentos necesarios. Para los abogados ésta es una herramienta que luego les permita ahorrar tiempo ya que tienen esta información a partir de la misma. Deben ser conscientes las partes de que, si en su momento el juez dicta una resolución homologando lo acordado y posteriormente se descubre que una de las partes ocultó algún dato, la otra parte podría pedir la anulación de la resolución y replantear el caso ante el tribunal. Este podría imponer los costes del nuevo procedimiento al responsable (Parkinson, 2005).

### *1.8. La información que proporcionan los mediadores.*

A menudo quienes llevan a cabo el proceso piden a los mediadores información sobre lo jurídico, económico y sobre los procedimientos de divorcio. Cuando sucede esto, los mediadores explican la ley y los procedimientos legales, es importante usar un lenguaje cotidiano, y evitar la

terminología jurídica así como entrar demasiado en detalles. El mediador no debe emitir opiniones o aconsejar sobre las posiciones. En caso de que necesiten un asesoramiento jurídico, el mediador les dirá que pueden recurrir a un abogado. El conocimiento y la experiencia del mediador constituyen un importante recurso para sus clientes, facilitándoles la formulación de las preguntas pertinentes que después plantearán a sus abogados, o a sus asesores contables o fiscales.

*1.9. ¿Es aconsejable recibir un asesoramiento jurídico antes de comenzar una mediación?*

El asesoramiento previo no siempre es necesario. Se anima a ambos participantes a que lo pidan durante la mediación, casi siempre al final. Algunas parejas acuden a la mediación esperando con ello evitar absolutamente a los abogados. Los mediadores han de aclarar que se quiere un asesoramiento jurídico independiente para asegurar que ambos participantes tomen sus decisiones con toda la información necesaria, antes de que lleguen a un acuerdo legalmente vinculante. Si no pudieran realizar tal consulta por cuestiones económicas, algunos organismos del estado ofrecen asesoramiento jurídico para tales situaciones. Un gran número de parejas llega a la mediación en la fase inicial de su separación, sin haber recibido asesoramiento jurídico anterior con la esperanza de evitar costos económicos. Otros participantes deciden venir después de haber visto a sus abogados, quienes les han hablado de la mediación. Un grupo numeroso es el de las parejas a quienes el Tribunal o sus asesores legales han derivado someter sus conflictos a mediación para poder solucionarlos (Parkinson, 2005).

Los abogados tienen una influencia considerable sobre el momento en que las personas recurren a la mediación para resolver sus problemas y sobre su decisión de continuar en ella. Es muy importante que se cree una buena relación entre los mediadores y los asesores jurídicos. Por ello, una práctica recomendable para los mediadores es pedir el consentimiento de ambas partes para enviar una carta de cortesía a sus abogados, agradeciéndoles la derivación o informando que su cliente ha acudido a mediación (Parkinson, 2005).

## CAPITULO IV.

### **1. Descripción de la reglamentación más notable sobre mediación en Argentina.**

#### *1.1. Ley 26.589 (Ley Nacional de Mediación y Conciliación).*

Esta ley fue sancionada el 15 de Abril de 2010 como reforma de la ley 24.573, la cual disponía la mediación con carácter de obligatorio a determinados procesos judiciales.

Abarca el proceso de mediación todo tipo de conflicto<sup>3</sup>, exceptuando los mencionados en el artículo 5° de esta ley. En el inciso “b” hace mención de las causas de separación personal, divorcio, nulidad del matrimonio filiación, patria potestad y adopción, distinguiendo que se puede someter al proceso de mediación las cuestiones patrimoniales provenientes de las ya mencionadas supra, debiendo el juez interviniente separar los procedimientos remitiendo al mediador la parte patrimonial<sup>4</sup>.

En el artículo 7° determina que el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se adaptaran a ciertos principios que son: la imparcialidad del mediador relacionado a los intereses de las partes; libertad y voluntariedad de las partes para someterse al proceso de mediación; igualdad de las partes; deferencia especial de los intereses de menores, discapacitados y personas mayores dependientes; Confidencialidad de la información proporcionada por las partes; fomento de la comunicación directa entre las partes en conflicto para la búsqueda de un remedio al conflicto; Celeridad del proceso; Conformidad expresa de las partes para que ajenos al conflicto observen el proceso de mediación. El mediador deberá informar a las partes en la primera audiencia acerca de estos principios que dirigen a la mediación prejudicial obligatoria.

El artículo 19° dispone que las partes deban presentarse personalmente a las audiencias no pudiendo hacerlo por apoderado. Es imperativa la asistencia letrada, por lo que se tendrá por

---

<sup>3</sup> Art 4° Ley 26.589 Congreso de la Nación Argentina sancionada el 15 de abril de 2010. Promulgada: el 3 de mayo de 2010. [servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm)- Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5° de la presente ley.

<sup>4</sup> Art 5° Ley 26.589 Congreso de la Nación Argentina sancionada el 15 de abril de 2010. Promulgada: el 3 de mayo de 2010. [servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm)- Inc. (b)- Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.

no presentada a la parte que asistiera a las audiencias de mediación sin ella, excepto que las partes de mutuo acuerdo fijen una nueva fecha para remediar el error.

En el artículo 31° establece la mediación familiar que abarca los conflictos de carácter patrimonial o extrapatrimoniales ocasionadas en el vínculo de familia y se hallan dentro del proceso de mediación familiar los conflictos referidos a: alimentos entre cónyuges o procedente del parentesco; tenencia de menores; régimen de visitas a menores o incapaces; gestión y enajenación de bienes sin divorcio en caso de conflicto; separación personal o separación de bienes sin divorcio; asuntos patrimoniales provenientes del divorcio, separación de bienes y nulidad del matrimonio y daños y perjuicios originados de los vínculos de familia.

El artículo 32 ordena la finalización de la mediación familiar en el caso que durante el procedimiento, el mediador tome conocimiento de causas que acarreen un grave peligro para las partes ya sea de índole física o psíquica o de su familia, este debe dar por terminada la mediación. Si afectara intereses de menores o incapaces, el mediador debe hacer saber a el Ministerio Público de la Defensa para que pida las disposiciones más convenientes ante el juez competente.

## 1.2. *Ley 3.847. (Ley de Mediación de Río Negro).*

En el artículo 1° dispone que se constituya en la Provincia de Río Negro la instancia de mediación y cualquier método alternativo de resolución de conflictos antes o después de la iniciación de un proceso judicial en: cuestiones patrimoniales del fuero civil, comercial y de minería, de familia, penal y laboral.

En la presente ley se garantizarán el cumplimiento de los principios de neutralidad, voluntariedad, igualdad, imparcialidad, oralidad, confidencialidad, inmediatez, celeridad y economía. Es obligatoria la asistencia letrada<sup>5</sup>.

Todas las acciones que se realicen serán confidenciales dentro del proceso de mediación, por lo que previamente las partes firmarán un convenio de confidencialidad. El mediador sesionará con ambas partes presentes o de forma individual, tratando de no beneficiar con su

---

<sup>5</sup> Art. 3° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.



proceder a una de ellas y de no transgredir el deber de confidencialidad<sup>6</sup>. Los partícipes quedan liberados de este deber si tomasen conocimiento de un delito de acción pública y cuando el mediador conociere que existen hechos de violencia que puedan dañar la integridad física, emocional o patrimonial del grupo familiar<sup>7</sup>.

En el Art. 7° dispone la “obligatoriedad” de la mediación prejudicial a asuntos de índole patrimonial del fuero civil, comercial y de minería, y cuestiones de familia.

La iniciación del proceso se formalizará ante el CEJUME (Centro Judicial de Mediación) de la Circunscripción que corresponda, en donde se denunciará domicilio real del requerido y se acreditará el pago de la tasa retributiva de la Mediación<sup>8</sup>.

El CEJUME con acuerdo de el mediador establecerá la fecha de la primera audiencia dentro de los 10 días de formalizada la aceptación del cargo de este último, debiendo presentarse las partes con sus letrados bajo advertencia de imposición de una multa. En la mencionada audiencia se firmará el convenio de confidencialidad. Si hubiese motivos justificados por los que no pudiera celebrarse la audiencia, el CEJUME citará a una segunda en un plazo de 5 días hábiles<sup>9</sup>.

En los Arts. 14°, 16° y 17° se establece que la notificación de la primera audiencia sea por cédula o medio de comunicación fehaciente con una anticipación de 3 días de está. El plazo para la mediación será de 40 días hábiles desde la fecha de la primera audiencia, además el mediador puede citar a las partes a todas las audiencias indispensables para el cumplimiento del propósito que se busca dejando constancia por escrito.

Se establece en el Art. 19° que el proceso de mediación finalizará por las siguientes causas: a) cuando alguna de las partes no asistiera a las audiencias de mediación sin justificar la causa. b) cuando una de las partes haya comparecido y quiera dar por finaliza la mediación en

---

<sup>6</sup> Art. 4° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

<sup>7</sup> Art. 40° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

<sup>8</sup> Art. 10 Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

<sup>9</sup> Art. 13 Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

cualquier instancia del proceso. c) cuando lo establezca el mediador. d) cuando se llegue a una solución.

Si no se llegare a ninguna resolución se labrará un acta haciendo constar la situación la que será suscripta por el mediador e injerida por el CEJUME otorgando copias a las partes, de esta manera quedan autorizadas para iniciar la vía judicial que corresponda, acompañando la certificación del resultado de la mediación junto con la demanda<sup>10</sup>.

El mediador deberá labrar un acta si se llegase a un acuerdo, y en esta deberá componerse de los términos de los acuerdos llegados y la retribución del mediador, los expertos y letrados intervinientes en el caso. El acta se firmará por los comparecientes y será intervenida por el CEJUME<sup>11</sup>.

En caso de incumplimiento el Art. 22° y 23° disponen que podrá ejecutarse a través del procedimiento de ejecución de sentencia del CPCC excepto que se acuerde llevar a cabo una nueva mediación. Originada la instancia judicial, las partes pueden solicitar la derivación del conflicto a mediación en cualquier instancia del proceso suspendiendo los plazos procesales por el término constituido en el artículo 16° de la presente ley.

Las controversias que pueden someterse a mediación del Derecho de Familia<sup>12</sup> se regularan por las disposiciones generales y especiales de esta ley y por otras leyes especiales, además cuando hubieren intereses de menores o incapaces, el acuerdo a que se llegue será sometido a homologación judicial<sup>13</sup> del juez competente previa vista del Asesor de Menores e Incapaces.

La mediación privada que se regula en la ley tratada abarca los artículos 46° a el 50° dando a conocer que es una mediación que se realiza extrajudicialmente con mediadores o ante Centros de Mediación no estatales, en donde se dispone que el interesado formalizará su

---

<sup>10</sup> Art. 20° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

<sup>11</sup> Art 21° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

<sup>12</sup> Art 37° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

<sup>13</sup> Art 42° Ley 3.847. (Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro) sancionada el 29 de noviembre de 2007. Promulgada el 21 de diciembre de 2007.

pretensión ante el mediador. Si se llega a un acuerdo este tiene el mismo la misma validez de un convenio entre partes pudiendo cualquiera de ellas pedir su homologación ante el Juez competente.

### *1.3. Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba N° 10543.*

En la presente ley veremos que instaura y regula la mediación previa obligatoria para la solución de controversias antes de comenzar un proceso judicial. El Art. 2° establece que aun existiendo convenio entre las partes, el Juez puede remitir el conflicto en cualquier etapa del proceso a mediación en el Centro Judicial de Mediación.

Se determina que todo proceso de mediación debe garantizar: a) Neutralidad; b) Confidencialidad de las actuaciones; c) Comunicación directa de las partes; d) Satisfactoria composición de intereses; d) Consentimiento informado; e) Celeridad del trámite; y d) Libre disponibilidad para concluir el proceso ya iniciado.

El proceso de mediación garantiza la confidencialidad de todos los intervinientes, desde las partes, letrados, mediadores, peritos, etc. que deberán convalidar en la primera reunión a través de la inscripción del pacto. Durante todo el procedimiento no se dejara asiento de los dichos o criterios de las partes, ya que no se los podrá integrar como prueba en un juicio ulterior y tampoco se podrá absolver posiciones o declarar judicialmente sobre lo manifestado en la mediación dispuesto todo esto en el artículo 4°.

El Artículo 6° enumera las causas que quedan excluidas del proceso de mediación previa siendo las siguientes: a) En procesos penales, solo el Fiscal y Juez en procedimiento de querrela están facultados para derivar el asunto a mediación; b) acciones de divorcio, nulidad matrimonial, adopción, exceptuando las causas referidas en el artículo 56 inc. 1 de la ley 10.305 en donde la etapa prejudicial tiene carácter imperativo según lo dispuesto por el artículo 54 de esa misma ley<sup>14</sup> c) Procesos de declaración de incapacidad o de capacidad restringida y su cese; d) Amparo, hábeas corpus; e) Medidas preparatorias y prueba anticipada; f) Juicios de prescripción adquisitiva en la etapa preparatoria; g) Medidas cautelares y autosatisfactivas; h) Juicios sucesorios, exceptuando el aspecto patrimonial; i) Actos de jurisdicción voluntaria; j)

---

<sup>14</sup> Art. 54° Ley 10.305 (Código de Procedimiento del Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba): La etapa prejudicial es de carácter obligatorio para las causas enumeradas en el artículo 56° inciso 1 de esta ley. Art. 56° inc. 1 siendo: causas de responsabilidad parental, cuestiones derivadas de uniones convivenciales, reclamación de filiación y compensación económica.

Concursos y quiebras; k) Casos por violencia de género; l) Causas de competencia de los Juzgados Laborales que se rigen por la vía de conciliación prevista por ley especial del fuero; m) Causas referidas a la Ley de Defensa del Consumidor cuando el interesado demuestre el cumplimiento de la etapa administrativa previa ante el organismo Nacional, Provincial o Municipal competente; n) Causas en que el demandado es el Estado Provincial, un municipio o comuna; o) Causas que se tramiten ante un Juzgado de Paz Vecinal si se hubiere elegido esa alternativa; p) Causas tramitadas por un proceso de estructura monitoria; q) Acciones colectivas o de clase y todos aquellos asuntos en que esté involucrado el orden público.

En el artículo 5° establece que el procedimiento de mediación previa y obligatoria puede ser llevado a cabo en el Centro Judicial de Mediación o cualquier centro público o privado, o empleando las prestaciones de mediadores habilitados . El artículo 7° dispone que la mediación prejudicial es voluntaria para el requirente en juicios ejecutivos particulares y especiales, preparación de vía ejecutiva, ejecutivos fiscales, desalojos, acciones societarias, etc., y si opta por someter el caso a mediación prejudicial, esta adquiere carácter de obligatorio para las partes.

Se dispone que para el inicio del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, el solicitante debe presentar ante la Mesa General de Entradas del Poder Judicial un formulario de solicitud de mediación que deberá contener: a) nombre, documento, domicilio real constituido y electrónico del solicitante; b) Nombre, documento, c) El domicilio del requerido y de terceros; d) Los hechos que fundamenten el reclamo; e) El objeto del reclamo designado con precisión; f) Nombre y matrícula del abogado patrocinante. La solicitud de mediación puede ser efectuada tanto unilateralmente como por las dos partes, y serán mediadas por un conjunto de dos mediadores habilitados e inscriptos en el Centro Judicial de Mediación y que uno de ellos debe detentar el título de abogado<sup>15</sup>.

Las notificaciones contendrán: a) Nombre y domicilio del destinatario; b) Información de la fecha, hora y lugar de celebración de la reunión; c) Nombre, firma y sello de autoridad competente; d) Nombre de los mediadores establecidos; e) La transcripción de la advertencia de sanción por inasistencia en donde se detallara el monto y el plazo para realizar el descargo; f) Obligación de presentarse con representación de un abogado; g) Información al requerido de que en caso de no poseer recursos pueda ser asistido por un asesor ad-hoc o solicitar mediar sin

---

<sup>15</sup> Art. 8° y 9° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

gastos; h) Informar al requerido de que puede aportar los nombres y domicilios de terceros que considere relevantes para el proceso<sup>16</sup>.

El artículo 22° dispone la sanción de multa por inasistencia de alguna de las partes o terceros a la primera reunión, puede fijarse una segunda reunión dentro de los 5 días hábiles, que en caso de asistir a esta reunión, el requerido queda liberado de el pago de la multa. Si el requerido no asiste a la segunda reunión, los mediadores labran el acta de cierre de la mediación. Si quien no asistió a la reunión fue el requirente, debe reiniciar el procedimiento de mediación sin el agravio del pago de la multa. Los mediadores informarán las inasistencias que se hubieren efectuado al Centro Judicial de Mediación en donde este emitirá el certificado de imposición de multa, conminando a su pago a quien no concurrió dentro de un plazo de 5 días hábiles dando por finalizado el trámite ya que la inasistencia a la segunda reunión se considera una negación a mediar y corresponde a concluir el proceso sin acuerdo, a no ser que los mediadores y la otra parte dispongan una nueva citación.

Si las partes comparecieron a la mediación, estos pueden dar por terminado este proceso en cualquier etapa, los mediadores deben elaborar el acta de cierre independientemente del resultado<sup>17</sup>.

El acta de cierre debe protocolizarse por el Centro Judicial de Mediación, siendo el certificado de cumplimiento del Proceso de Mediación. Efectuada la protocolización el acta de cierre es título ejecutivo para el cobro de honorarios de abogados y mediadores<sup>18</sup>, además de ser válida como Certificado de Cumplimiento del Proceso de Mediación, para que en caso de iniciar un proceso judicial se pueda acompañar con la demanda<sup>19</sup>.

El art. 29° establece que solo es necesaria la homologación judicial para ejecutar el acuerdo realizado en mediación en causas donde deba efectuarse la inscripción registral de un bien o se vean implicados derechos de incapaces o personas con capacidad restringida. En los casos en que se requiera la homologación, no se realizará la protocolización hasta que aquella quede firme.

---

<sup>16</sup> Art. 16° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

<sup>17</sup> Art. 26° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

<sup>18</sup> Art. 27° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

<sup>19</sup> Art. 39° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

La presente Ley establece un plazo máximo para mediar que es de 60 días hábiles a partir de la primera reunión y este puede prorrogarse por un plazo del mismo tiempo por acuerdo de las partes. Si el plazo caducó, y en su caso la prórroga, se dará por finalizada la mediación<sup>20</sup>.

En los casos de mediación extrajudicial voluntaria que culminen sin acuerdo o haya habido inasistencia de alguna de las partes, no genera los mismos efectos que la mediación prejudicial obligatoria regulada por esta Ley<sup>21</sup>.

El artículo 45° dispone que cualquiera de las partes puede solicitar la homologación del acuerdo y con la solicitud debe adjuntarse el acta de cierre del proceso de mediación la que deberá estar firmada por el mediador y las partes y debidamente protocolizada.

## **2. Análisis de la regulación de la mediación en Mendoza.**

La Provincia de Mendoza fue pionera en instituir el método mediación judicial y formar un cuerpo permanente de mediadores, pero hasta el momento no ha existido el interés suficiente para plasmar la práctica de la mediación en una ley que ayude a resolver conflictos que superan al Poder Judicial. Con la Ley 6.354 (Ley de Protección de la Minoridad), se crearon 1999 Juzgados de Familia y queda establecida la mediación familiar en Mendoza, el Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial de Mendoza se basa en el artículo 61° para implementar la mediación prejudicial. Aida Kemelmajer de Carlucci, ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, instauro a través de la acordada 15154 el Cuerpo de Mediadores de los Tribunales de Familia, en donde empiezan a funcionar como una prueba piloto para los expedientes que se tramitaban en los Juzgados de Menores. A la fecha las actuaciones de mediación funcionan en las cuatro circunscripciones de la Provincia<sup>22</sup>.

### *2.1. Ley 6.354. Ley de Protección de la Minoridad.*

El artículo 61° de la presente Ley, dispone que anticipadamente a recurrir a la vía judicial de las causas por: tenencia, régimen de visitas, acciones concernientes a la prestación alimentaria

---

<sup>20</sup> Art. 30° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

<sup>21</sup> Art. 44° de la Ley 10.543 (Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba).

<sup>22</sup> [http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion\\_en\\_Mendoza.pdf](http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion_en_Mendoza.pdf)

y uniones de hecho, se deberán presentar en forma personal ante el Asesor de Familia (son llamados Asesores de Familia a los mediadores que integran el Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial).

Los artículos 62° y 63° establecen que las acciones ante el Asesor de Familia serán gratuitas, y dispensadas de carga fiscal o pago de aportes y no será necesario concurrir con patrocinio letrado. Se garantiza en todos los casos el principio de inmediatez.

En los artículos 64°, 65°, 66° y 67° disponen que los Asesores de Familia deben desempeñarse en guiar a las partes y guiarlas para encontrar una solución al conflicto teniendo en cuenta el interés de la familia, de los menores e incapaces. El Asesor de Familia puede: a) convocar a las partes y a personas vinculadas con el conflicto; b) fijar audiencias; c) solicitar informes; d) ordenar la colaboración del cuerpo interdisciplinario, instituciones o personas especializadas. Ante el incumplimiento de las medidas solicitadas por el Asesor de Familia, este podrá pedir al Juez de Familia de turno que disponga las mismas, salvo convocar a las partes o a personas vinculadas con el conflicto. En esta etapa el trámite será verbal y actuado.

Se establece en el art. 68° que el Asesor de Familia convocará a audiencia dentro de los 10 días siguientes de recibida la presentación.

Los artículos 69°, 70° y 71° determinan que las acciones ante el Asesor de Familia serán reservadas para personas ajenas al proceso, para no se requiere ningún tipo de formalidad alguna. En caso de llegar a un acuerdo, se labrará un acta dejando constancia de las condiciones del acuerdo elevándola al Juez para su homologación. En el caso de no llegarse a un acuerdo, o que las partes no concurren o solicitaran que se dé por finalizada la etapa, se elaborará un acta dejando constancia de las causas que impidieron la solución, el testimonio del acta será indispensable para iniciar acciones por el Juzgado de Familia.

En su artículo 72° establece que la etapa prejudicial no puede superar los 20 días desde la iniciación del proceso a no ser por solicitud de los interesados o determinación del Asesor de Familia. La ampliación del plazo será por única vez y no podrá superar los 20 días a partir de la decisión.

En Mendoza la mediación está prevista como una instancia previa de un proceso judicial, en donde las partes tienen que solicitar un turno de manera telefónica para que se presenten en la dependencia de El Cuerpo de Mediadores que corresponda, para realizar una audiencia de pre mediación con quien solicito el turno en donde se examinará el caso y si puede ser sometido a

mediación y si es oportuna la realización de la mediación se comunicará telefónicamente a la otra parte y si es viable, se establece un día para llevar a cabo la mediación. Si no es posible notificar por teléfono, se lleva a cabo a través de notificación escrita fijando fecha y hora de la mediación. El mediador será una persona distinta del que realizó la audiencia de pre mediación para mantener una igualdad entre las partes<sup>23</sup>.

Las cuestiones patrimoniales derivadas de la sociedad conyugal pueden ser abordadas con la solicitud y consentimiento de las partes y estas pueden pedir su homologación como acuerdos privados<sup>24</sup>.

En las legislaciones analizadas podemos observar que si bien, hay similitud entre ellas y establecen una formalidad para iniciar un proceso de mediación, la Provincia de Mendoza si bien fue precursora de la mediación, todavía no ha habido voluntad de la creación de una ley específica de mediación por lo que se debe recurrir a leyes complementarias para proceder a mediar extrajudicialmente. Hay que destacar la nueva legislación de la Provincia de Córdoba de Mediación Prejudicial Obligatoria que impone someter a mediación las causas que no están excluidas por dicha ley, y además sigue vigente la mediación extrajudicial voluntaria, en la que si la aplicamos al caso analizado en el presente trabajo, los ex cónyuges pueden someter a mediación la distribución de los bienes de la comunidad ganancial, para presentarla junto con el escrito de demanda para que el Juez resuelva dictando la sentencia de divorcio.

## *2.2. Estadísticas del primer trimestre del 2018.*

### *Cantidad de causas ingresadas al Cuerpo de Mediadores.*

#### *Tabla 1<sup>25</sup>*

---

<sup>23</sup> [http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion\\_en\\_Mendoza.pdf](http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion_en_Mendoza.pdf)

<sup>24</sup> [http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion\\_en\\_Mendoza.pdf](http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion_en_Mendoza.pdf)

<sup>25</sup> Tabla de información extraída de la estadística interna proporcionada por el cuerpo de mediadores de familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.



<b>RECEPCION SOLICITUD DE AUDIENCIA</b>				
<b>0-800</b>	<b>Internet (profesionales)</b>	<b>Pedido de partes</b>	<b>otros</b>	<b>TOTAL</b>
859	61	91	39	<b>1050</b>

*Resultados de Pre-mediación.*

*Tabla 2<sup>26</sup>*

<b>Actuaciones NO ADMITIDAS</b>	<b>Actuaciones ADMITIDAS QUE NO INGRESAN AL PROCESO</b>	<b>Actuaciones ADMITIDAS QUE INGRESAN AL PROCESO</b>	<b>MEDIACIONES A DISTANCIA</b>	<b>INCOMP.</b>
<b>78</b>	<b>194</b>	<b>438</b>	<b>0</b>	<b>340</b>

*Acciones admitidas que no ingresan al proceso de mediación.*

*Tablas 3 y 4<sup>27</sup>*

<b>No mediable</b>	<b>No Acepta</b>	<b>Domicilio desconocido</b>	<b>otros</b>
118	71	5	0

<b>Cantidad Certificados y/o Actas extendidas</b>	<b>Audiencias previas fijadas</b>
<b>194</b>	438

<sup>26</sup> Tabla de información extraída de la estadística interna proporcionada por el cuerpo de mediadores de familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.

<sup>27</sup> Tabla de información extraída de la estadística interna proporcionada por el cuerpo de mediadores de familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.

*Resultados del proceso de mediación.*

*Tablas 5 y 6<sup>28</sup>*

<b>Acuerdos</b>	<b>No acuerdos</b>	<b>Otras formas de conclusión</b>
<b>278</b>	<b>50</b>	<b>58</b>

<b>ACUERDOS CELEBRADOS</b>			
<b>Cuidado personal</b>	<b>Alimentos</b>	<b>Comunicación- Contacto</b>	<b>Otros</b>
91	85	101	1

*Otras formas de culminación del proceso.*

*Tabla 7<sup>29</sup>*

<b>Desistimiento</b>	<b>No mediable</b>	<b>No judicialización</b>	<b>Reconciliación</b>	<b>No acepta</b>
7	32	4	6	9

*Resultados de audiencias.*

*Tablas 8 y 9<sup>30</sup>*

---

<sup>28</sup> Tabla de información extraída de la estadística interna proporcionada por el cuerpo de mediadores de familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.

<sup>29</sup> Tabla de información extraída de la estadística interna proporcionada por el cuerpo de mediadores de familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.

*Cantidad de audiencias realizadas.*

<b>AUDIENCIAS CON UNA PARTE</b>	<b>AUDIENCIAS CON DOS PARTES</b>	<b>INCOMPARECENCIA DOS PARTES</b>
<b>144</b>	326	187

<b>NUEVA FECHA</b>	<b>AUDIENCIA REPROGRAMADA</b>	<b>CUARTO INTERMEDIO</b>
60	20	143

Podemos observar por los datos aportados por el Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, que la mediación está teniendo una mayor difusión y un auge importante en los últimos tiempos siendo positiva y eficiente, esto redundo o trae aparejado una descongestión del sistema judicial gracias a todas las ventajas que este método posee, tales como la rapidez, la confidencialidad, la economía, su sentido de justicia y también está catalogada de exitosa ya que es utilizada con regularidad en muchos países, además podemos observar por los datos de las tablas que es eficiente para resolver conflictos derivados de la ruptura del matrimonio y los problemas que el divorcio genera.

---

<sup>30</sup> Tabla de información extraída de la estadística interna proporcionada por el cuerpo de mediadores de familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.

## **Jurisprudencia.**

*Caso “S.H.L. c/ S.,S.M s/ Liquidación de la sociedad conyugal”.*

Este caso se eligió porque plantea que las partes, antes de solicitar el divorcio, acudieron a la mediación para poder resolver sus discrepancias y de este proceso se dio nacimiento a un convenio, el cual entre otras cosas, otorgaba una compensación económica parcial a una de las partes por inversiones hechas a inmuebles del otro cónyuge, con dinero proveniente de bienes propios. Sin embargo esta mediación no fue del todo exitosa ya que pasados 3 años una de las partes interpuso demanda de liquidación de la sociedad conyugal, reclamando pretensiones que había dejado de lado cuando se acordó el convenio hecho en la mediación.

Se consideraron las pruebas y se resolvió hacer lugar a la demanda y decretar la disolución de la sociedad conyugal. Se reconoce el pago parcial hecho hacia la parte actora regulado en el convenio hecho en mediación.

Podemos ver que las partes tuvieron la voluntad de resolver sus diferencias en mediación, que al momento estuvieron de acuerdo pero que por diversos motivos surgieron nuevas pretensiones.

*Caso “M.V.A c/ P.J.D.C. s/ Incidente liquidación de sociedad conyugal”- CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE GUALEGUAYCHÚ- SALA PRIMERA.*

Este caso fue elegido porque se puede apreciar que no había voluntad de las partes a arribar a una solución pacífica a través de la mediación, ya que uno de los cónyuges no se presentó a la mediación previa al proceso.

En este caso la apelante cuestiona la decisión del Juez manifestando que la falta de homologación del convenio firmado por los profesionales que los representaran en el proceso no constituye un requisito de validez entre los cónyuges. Declara que en las actuaciones el incidentado no concurrió a la mediación previa y tampoco se presentó al proceso por lo cual se lo declaró rebelde.

La accionante en fecha 30 de junio del 2014 promovió el incidente sobre la liquidación de la sociedad conyugal, procurando se dispongan los bienes según el convenio anexado al escrito en donde se solicita el divorcio vincular por presentación conjunta.

Ante la falta de consentimiento del accionado del convenio, se desestimó la queja y la confirmación del pronunciamiento impugnado, debiendo la incidentante solicitar la liquidación de la sociedad conyugal a través de presentación conjunta del convenio regulador o mediante propuesta unilateral del art 439.

*Caso “C.M.G. Y C.S POR HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO”. 1º Cámara de Apelaciones de Familia- Primera Circunscripción.*

Este caso fue elegido porque la mediación que se realizó para establecer el convenio regulador fue exitosa ya que las partes tuvieron la voluntad de ponerse de acuerdo y plasmaron en él temas como cuidado personal, alimentos y plan de parentalidad. Sólo el abogado de una de las partes reclama ante el Tribunal de Alzada la regulación de honorarios que la sentenciante omitió. El tribunal se limitó a la revisión de la decisión de la Juez de primera instancia referida a los honorarios profesionales del abogado, siendo su labor profesional la de prestación de asistencia técnico-jurídica que supuso en la mediación por la cual las partes arribaron a un convenio.

El Tribunal resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto regulando los honorarios del abogado.

En este caso se observa que el conflicto en cuestión fue sólo la regulación de honorarios del profesional ya que las partes pudieron solucionar sus diferencias en una etapa prejudicial utilizando a la mediación como método de resolución de conflictos.

## **Conclusiones finales.**

En el presente trabajo se intentó plantear la forma de aplicar un método alternativo de resolución de conflictos, como lo es la mediación en los problemas que surgen de la ruptura del vínculo matrimonial que deriva en divorcio.

Se abordaron los nuevos regímenes que establece el Código para poder visualizar de una mejor manera cuándo podrían surgir conflictos relacionados a la parte patrimonial de los consortes que quieren disolver el matrimonio, se plantea el tema del divorcio debido a que también sufrió alteraciones legislativas, favoreciendo a que las partes puedan ejercer la autonomía de la voluntad al momento de reorganizar su vida y la distribución de los bienes.

Cuando hay divorcio, existen momentos en que las parejas tienen un comportamiento maduro y llegan a un acuerdo fácilmente, pero hay veces en que se empeñan en quién hace más daño a la otra parte, llegando a utilizar a los hijos como garantía, por lo que a no queda más remedio que acudir a la vía judicial, también hay casos en los que las partes poseen predisposición a ser asistidos para resolver sus problemas, están abiertos a hablar, a recibir consejos y dispuestos a negociar ya que el proceso en muchos momentos será complejo y difícil por los temas delicados que se deben resolver en la ruptura del matrimonio, estos casos serían los más adecuados para que por medio de la mediación ayude a las partes a transitar una negociación colaborativa, una comunicación fluida para que puedan comprender los motivos de cada uno y esto les permita llegar a un acuerdo que contemple sus intereses.

Se hizo un análisis de legislaciones de otras provincias para observar que si bien hay similitud entre ellas, cada una contiene de una forma ordenada y contundente, la manera de acceder a mediar los conflictos derivados de un divorcio, ya que mencionan que se puede someter a mediación la parte patrimonial que del divorcio derivan y disponen como debe ser el procedimiento.

Podemos decir que la mediación cuenta con variadas alternativas para que frente a conflictos de distribución de bienes bajo el régimen de comunidad de ganancias pueda restablecer y refuerce las relaciones y la comunicación de las partes, ya que cuenta con las herramientas adecuadas para resolver conflictos de forma que favorezcan a ambas partes beneficiándose en no iniciar el prolongado camino que conlleva un proceso judicial y el deterioro que produce.

Por medio del análisis del respectivo trabajo, se llegó a la conclusión de que la mediación si bien es eficaz para la resolución de los conflictos derivados del divorcio, no es efectiva según los casos jurisprudenciales expuestos, producto del desconocimiento o falta de compromiso de las personas no pudieron solucionar sus problemas solo en mediación. Esto se da porque todavía no ha ocurrido un cambio cultural en donde la sociedad en que vivimos posea otros tipos de valores y se sientan capaces de resolver por sí mismos sus problemas, no dejando en manos de terceros la solución, pero esto no quiere decir que no sea posible de lograr.

Se espera que las ventajas que posee la mediación originen debate en nuestra comunidad ya que sus proposiciones y normativa tiende a proteger a la familia y se transforme en una evidente realidad<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> <http://www.saj.gov.ar/dina-carrera-mediacion-familiar-ambito-judicial-camino-acceso-justicia-luz-nuevo-codigo-civil-comercial-republica-argentina-normativa-provincia-cordoba-dacfl50474-2015-08-31/123456789-0abc-defg4740-51fcanirtcod>.

## Bibliografía.

### Doctrina.

- ▶ Bedrossian, G (2017). “*Derecho de familia*”. Ciudad Autónoma de Bs. As. Ed Cathedra Jurídica.
- ▶ Ferrer, F.A.M. (2017) “*El régimen patrimonial del matrimonio*”. Santa Fé: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- ▶ Highton E. I., Álvarez G. S. (2004). “*Mediación para resolver conflictos*”. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc.
- ▶ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras N. (2016). “*Tratado de derecho de familia*”. Buenos Aires. Ed Rubinzal-Culzoni.
- ▶ Molina de Juan, M. (2018) “*Compensación económica. Teoría y práctica*”. Santa Fé: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- ▶ Nieto, R. (2012) “*La mediación en Mendoza de adelantados e inconclusos*” Revista La Trama. Publicación 32 Febrero 2012.
- ▶ Parkinson, L (2005) “*Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*”. Primera edición Ed. Gedisa. Barcelona.
- ▶ Rauek de Yanzón, I. (2016) “*Derecho procesal civil y comercial de Mendoza. Perspectivas actuales*”. CABA: Ed. La Ley.
- ▶ Ripol- Millet A. y Rubiol G. (2001) “*Familias, trabajo social y mediación*”.
- ▶ Rivera J.C. y Medina, G. (2014) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*” Buenos Aires: Ed. La Ley.
- ▶ Sampieri, R, Fernández Collado, C. y Baptista L.M (2014) “*Metodología de la Investigación*” Sexta edición Ed. Mc Graw- Hill/ Interamericana Editores. México.

### Legislación.

- ▶ Ley 26.994 .Código Civil y Comercial de la Nación Sancionada el 1 de Octubre de 2014.
- ▶ Ley N° 23.515. Divorcio vincular. Sancionada el 3 de Junio de 1987.



- ▶ Ley N° 26.589. Mediación y Conciliación - Congreso de la Nación. Sancionada en Abril 15 de 2.010.
- ▶ Ley N° 3.847. Ley de Mediación de Río Negro. Sancionada el 29 de Noviembre de 2007.
- ▶ Ley N° 10.543. Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Córdoba. Sancionada el 9 de Mayo de 2018.
- ▶ Ley 10.305. Código de Procedimiento del Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba.
- ▶ Ley N° 6.354. Ley de Protección de la Minoridad.

### **Jurisprudencia.**

- ▶ Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N°86, “S.H.L. c/ S.,S.M s/ Liquidación de la sociedad conyugal”, Causa Ac. 97550/2013, del 11/11/2015. *Revista Científica Semestral IN IURE Ciencias Jurídicas y Notariales*. Recuperado el 30/7/2017 de <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/viewFile/341/316>.
- ▶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú- Sala Primera. “M.V.A c/ P.J.D.C. s/ Incidente liquidación de sociedad conyugal”, Causa Ac.5389, del 3/4/2012. *Abogadosdefamilia.com.ar*. Recuperado el 30/7/2017 de <http://abogadosdefamilia.com.ar/fallo-disidencia-se-le-resta-validez-convenio-liquidacion-comunidad-presentado-la-demanda-conjunta-divorcio-no-haber-homologado/>.
- ▶ S.C.J.M 1° Cámara de Apelaciones de Familia- Primera Circunscripción, “C.M.G. Y C.S. / por homologación de convenio”, Causa Ac. 862/16, del 28/6/2017. *jus.mendoza.gov.ar Poder Judicial de la Provincia de Mendoza Servicio de Información Jurídica*. Recuperado el 4/7/2017 de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

### **Contenidos Web.**

- ▶ Carrera, D., Cavagnaro, M.V., Favaro, G. (31/08/2015). *SAIJ*. Consultado y recuperado el 26/10/2018 de <http://www.saij.gob.ar/dina-carrera-mediacion-familiar-ambito-judicial-camino-acceso-justicia-luz-nuevo-codigo-civil-comercial-republica-argentina-normativa-provincia-cordoba-dacfl50474-2015-08-31/123456789-0abc-defg4740-51fcanirtcod>.

- ▶ Nieto, R. Revista *La Trama*. Consultado y recuperado el 24 de Junio de 2018 de [http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion\\_en\\_Mendoza.pdf](http://www.formacionejecutiva.com.ar/instituto/materiales/libros/Mediacion_en_Mendoza.pdf).
  
- ▶ [www.clarin.com.ar](http://www.clarin.com.ar). (27/07/2006). Consultado y recuperado el 26/10/2018 de [https://www.clarin.com/sociedad/casos-van-mediacion-resuelven-juicio\\_0\\_S16zUXNkRYg.html](https://www.clarin.com/sociedad/casos-van-mediacion-resuelven-juicio_0_S16zUXNkRYg.html)