

Comisión: a) TEMA 1. (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República.

Tema 1: Proceso de familia

Autor: Blanco, Gonzalo

Dirección postal: Lasalle N° 1996 (Santa Rosa, La Pampa)

Dirección electrónica: gonzaloblanco@hotmail.com

Teléfonos: 2954469431/ 2954701610

Síntesis de la propuesta:

En la ponencia se analizan las nociones de mediación y de familia, para luego explorar las chances de aplicar aquella en el ámbito de los conflictos familiares. Se examinan las regulaciones contenidas en el Código Civil y Comercial, en su relación con la normativa local de la provincia de La Pampa. De *lege ferenda* se propone una mediación judicial familiar: a- sea en una etapa previa al juicio, en el ámbito del juzgado con competencia en materia de familia, a cargo de un funcionario judicial, como el consejero de familia del CPCC Buenos Aires; b- o sea, tal vez con ciertas necesarias adecuaciones, a cargo de los jueces de paz legos.

Mediación familiar en la Provincia de La Pampa

1- La mediación: caracterización y ubicación entre los métodos para resolver conflictos.....	2
2- La familia, su concepto.....	4
3- La aplicación de la mediación en materia familiar.....	5
4- Mediación Familiar en la Provincia de La Pampa: orden público vs autonomía de la voluntad.....	7
5- Propuestas para la mediación familiar en La Pampa.....	9
5.1. Consejeros de familia en del juzgado.....	9
5.2. La ampliación de la competencia de la justicia de paz lega.....	9

1- La mediación: caracterización y ubicación entre los métodos para resolver conflictos

La mediación es un método no adversarial de resolución de conflictos en el que un tercero neutral, el mediador, intenta facilitar la comunicación entre las partes para que estas puedan encontrar una solución mutuamente satisfactoria, elaborada por ellas mismas, siendo así las protagonistas de la decisión y no el mediador. Para comenzar, esta sería una aproximación a una clara definición de lo que se entiende por mediación.

Este tercero neutral que interviene en la mediación, el mediador, es un intermediario, que tiene como función la de acercar a las partes, facilitando la comunicación entre ellas a través del uso de herramientas, técnicas y estrategias. Ayuda a las partes a encontrar juntos una solución a su conflicto.

La mediación se encuentra reglada, en la provincia de La Pampa, en la ley de Mediación Integral (Ley 2699) y en su reglamentación (Decreto Reglamentario 223/13).

Elena Highton y Gladys Álvarez definen a la Mediación como "un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto.", y agregan que "la

Mediación es un término utilizado para describir un conjunto de prácticas diseñadas a ayudar a las partes en controversia."¹

La mediación también se define como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial (el mediador), que actúa como conductor de la sesión, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes.²

Por último, podemos conceptualizar la mediación como el "proceso en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en una negociación colaborativa, en la que sus diferencias son replanteadas en términos de intereses, a fin de que puedan ellos mismos, tomar una decisión satisfactoria con relación a ellos."³

De los distintos conceptos antes expuestos surgen las características que el proceso de mediación posee, que son las siguientes:

a- La mediación es una negociación asistida, en la cual el mediador guía el proceso y asiste a las partes, permitiendo que estas actúen por sí mismas, sean las protagonistas del proceso, negociando y proponiendo soluciones.

b- Es un acto voluntario debido a que las partes son las que deciden participar o no en el proceso de Mediación, no estando obligadas a permanecer en el mismo ni a llegar a un acuerdo, sino que puede ponerle fin en cualquier momento.

c- Es un proceso donde se busca que las partes lleguen a un acuerdo, tiende al acuerdo y/o la reparación.

d- El mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las audiencias salvo con la autorización de las partes, basándose en el principio de confidencialidad.

e- La mediación es un procedimiento informal y flexible, esto se debe a que a pesar de tener una estructura pautada, y de utilizar

¹ HIGHTON Elena I. - ÁLVAREZ Gladys S., "Mediación para resolver conflictos", Ad-Hoc SRL, Bs.As.,1998, p.195.

² "Palandri Edith, aportes de Cavagnaro María Victoria - Fortuna Débora , "Manual de Curso Básico de formación en Mediación", Ediciones Gráficas Impresiones, p. 95".

³ ."Caram María Elena - Eilbaum Dana Teresa - Risolia Matilde, "Mediación Diseño de una práctica" Colección Visión Compartida - Librería Editorial-Histórica, Bs. As., 2006, p. 33".

herramientas y técnicas específicas para alcanzar los objetivos, no existen normas que determinen una forma para el desarrollo del proceso.

f- Es un proceso neutral, lo que significa que el mediador trabaja en beneficio de todas las partes.

g- El mediador también trabaja sin generar competencia entre las partes, ni enfrentamientos, sino en forma no adversarial y colaborativa, para así poder llegar a un acuerdo satisfactorio para todos.

h- En ese procedimiento se trata de preservar los vínculos entre las partes, mejorando o manteniendo las relaciones existentes entre ellas.

Así, una vez más, en una última posición se puede definir la mediación como *"El proceso mediante el cual los participantes, junto a la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de encontrar opciones, encontrar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades"* ⁴

2- La familia, su concepto.

Vivimos en un mundo que se modifica permanentemente, que muta en su contenido y en sus formas. Nos encontramos en un permanente cambio.

Esto último no le es ajeno a la noción de familia y a la realidad de esta que a lo largo del tiempo va variando acorde a la construcción cultural que se hace de la misma.

La ley parte de esta noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante.

⁴ Jay Folberg; Alison Taylor "La mediación. Resolución de conflictos sin litigio, cit, pag 27

Si el concepto de familia no es "natural" sino "cultural", se entiende fácilmente que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia (familia homoparentales, uniones convivenciales, familias monoparentales y familias ensambladas).

Los autores describen la siguiente realidad: "La caída de la nupcialidad y el ascenso de la tasa de divorcios ha causado una eclosión de nuevas formas de familia, tales como: familias unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matri-focales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo, etc."⁵

De allí que sea cada vez más frecuente referirse a "las familias", en plural.

Concretamente el art. 7 del decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26061, establece al respecto: *"ARTICULO 7: Se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares."*

3- La aplicación de la mediación en materia familiar.

El conflicto es un aspecto que se relaciona íntimamente con la familia, acompaña desde comienzos de la humanidad el ámbito familiar, por lo que es fundamental localizar esos conflictos y buscar soluciones

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Cód. civil de Cataluña, en A.V. La familia del siglo XXI. Algunas novedades del libro II del Código civil de Cataluña", Barcelona, ed. Bosch, 2011, pág. 20.

reparadoras a los mismos. De esto último deviene la importancia y relevancia de la mediación familiar. Debiendo buscar respuestas y soluciones a los conflictos que se susciten en el seno familiar acorde a cada modelo de familia.

Hoy, con la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial, se permite regular entre las partes distintos aspectos de sus relaciones familiares los cuales anteriormente a la sanción del código se consideraban indisponibles. Así, se puede mencionar la posibilidad de realizar convenciones dentro del régimen patrimonial del matrimonio *“ARTÍCULO 446.- Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b. la enunciación de las deudas; c. las donaciones que se hagan entre ellos; d. la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.”* (la cursiva me pertenece); pactos de convivencia *“ARTÍCULO 514.- Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a. la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b. la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c. la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.”* (la cursiva me pertenece); o la voluntad unilateral para provocar el divorcio *“ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.”* (la cursiva me pertenece).

La mediación como tal abarca un conjunto de supuestos de conflicto en el marco de las relaciones familiares, tales como las separaciones y divorcio, régimen de cuidado, la nulidad matrimonial, etc.

Igualmente en mediación se puede conocer también de las cuestiones que se generan en materia de filiación, adopción, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos.

Así también en los relativos a la obligación de alimentos entre parientes, los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco, conflictos de

parejas que están pasando por una separación o divorcio con la necesidad de acordar temas como la custodia de los hijos y por consiguiente el régimen de contacto del padre no conviviente, repartición de los bienes, etc.; desacuerdo entre hermanos para el cuidado de los padres; desavenencias entre padres e hijos; cuidado y visitas a los nietos, discordias por herencia o empresa familiar, son otras de las tantas materias que se pueden tratar en mediación.

En la provincia de La Pampa la mediación familiar encuentra su reglamentación en la ley Mediación Integral n° 2699 y en su reglamentación (decreto 223/13). Procura ser un sistema integral, regulando todo el procedimiento de mediación judicial y extrajudicial.

4- Mediación Familiar en la Provincia de La Pampa: orden público vs autonomía de la voluntad

Según el art. 6 inciso m de la ley pampeana, quedan excluidas del ámbito de la mediación todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público ⁶ o que resulten indisponibles para los particulares.

Parece insoslayable indagar sobre cuán compatible resulta la mediación como mecanismo de resolución de conflictos de índole familiar, porque las normas del Derecho de familia, en su gran mayoría, revisten carácter imperativo y de orden público, limitando la autonomía de la voluntad que permite los acuerdos autocompositivos. El orden público, al estar involucrado en las cuestiones de familia, funcionará como limitador de la autonomía de la voluntad. Se podría decir que la autonomía de la voluntad y el orden público son principios opuestos, uno invocando la libertad del individuo, mientras que el otro, los límites a esa libertad.

⁶ ¿Qué es orden público? Se ha dicho que "el concepto de orden público se caracteriza por su variabilidad, mutabilidad y actualidad, por ello debe rechazarse toda tentativa de encerrarlo en un catálogo rígido. El conjunto de principios fundamentales que lo integran debe ser apreciado (...) en cada Estado en cada caso concreto (...) en el momento de decidir, quienes deben valorar el derecho competente y emplear la excepción sólo cuando la aplicación del derecho amenace perturbar gravemente la paz social del Estado" (KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 1990, p. 142). Ese orden público, a la vez, no es inmutable, sino que se va amoldando y/o adecuando a las nuevas realidades, a los nuevos tiempos, las nuevas costumbres, claramente afectada por lo social y sus inevitables cambios a lo largo del tiempo, como así también por las propias variaciones de nuestra normativa.

Por ello, en la mediación, donde uno de sus principios primordiales es la voluntariedad, hay que tener cuidado a la hora de determinar qué cuestiones pueden ser resueltas o tratadas por medio de este mecanismo de resolución de conflictos y cuales otros no.

A esta altura, puede traerse a colación nuevamente el contenido de la ley de mediación de la provincia de La Pampa, la cual, en su art. 39 inciso b, establece que, como regla general, son mediables las cuestiones de familia, a excepción de las excluidas por el artículo 6.

¿Y qué cuestiones de familia son excluidas de la mediación según el art. 6 de la Ley 2699? Son:

a- Nulidad de matrimonio, separación personal y divorcio; salvo los incidentes de visitas, alimentos, tenencia de hijos y conexos, separación de bienes;

b) Los asuntos derivados del ejercicio de la patria potestad, de adopción y sobre estado filial;

c) Declaración de incapacidad, de inhabilitación, de rehabilitación y de protección de personas.

Empero, quedan exceptuadas de la exclusión y, por lo tanto, caen de nuevo entre las cuestiones mediables, por un lado, las visitas –hoy, comunicación-, tenencia –hoy, cuidado-, alimentos y liquidación de bienes conyugales (art. 6.a ley cit.), y, por otro lado, los aspectos jurídicos sobre ejercicio de la patria potestad, adopción y estado filial cuya decisión sea disponible para las partes (art. 6.b ley cit.). Entre los aspectos jurídicos derivados del ejercicio de la patria potestad “cuya decisión sea disponible para las partes”, es dable mencionar aquellos que disponga el juez en supuestos de desacuerdos reiterados, según lo reglado en el art. 642 del Código Civil y Comercial.⁷

⁷ “Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a **mediación**.” (la letra con negrita no es del original).

5- Propuestas para la mediación familiar en La Pampa

Claramente la ley pampeana establece como regla general la aplicación obligatoria del procedimiento de mediación a las cuestiones familiares, salvo las excepciones previstas y ya mencionadas en el art. 6 de la misma ley, las que –como vimos- también tienen a su vez salvedades que vuelven a encajar en la regla general.

A los fines de llevar adelante la mediación familiar en jurisdicción pampeana, se propone de *lege ferenda*:

5.1. Consejeros de familia en del juzgado

La regulación de una etapa previa, en el ámbito del juzgado con competencia en materia de familia, a cargo de un funcionario judicial, como el consejero de familia del CPCC Buenos Aires, a sueldo del Estado.

Según el CPCC bonaerense:

a- las funciones del consejero de familia se desarrollan básicamente en una etapa previa al juicio, mediante asesoramiento y orientación, intentando la conciliación, procediendo de la manera más conveniente al interés familiar y/o del niño, y al de las partes, sin perjuicio de la actuación que las leyes confieren a los asesores de incapaces. (art. 833);

b- A tal efecto podrán convocar a las partes y a toda otra persona vinculada, disponer comparendos, solicitar informes, requerir al juez prueba anticipada como medidas cautelares (art. 834);

c- agotada su intervención infructuosamente, lo informarán al juez dejando constancia de la conducta de las partes; si se alcanzare un acuerdo, también lo informará al juez, para su eventual homologación (art. 835);

d- solo concluida la etapa previa, quedan expeditas para las partes las acciones que le correspondan.

5.2. La ampliación de la competencia de la justicia de paz lega.

Hoy, según el art. 40 inciso a de la ley 2229/1956, quedan fuera de la competencia de la justicia de paz lega los asuntos de familia.

Claramente se debe realizar una crítica constructiva a partir de esto, porque el recorte de competencia en asuntos de familia va en desmedro del principio procesal de inmediación, de calibre sustancial tratándose de procesos de familia, conforme el *proemio* del art. 706 del Código Civil y Comercial.

Es más, para la facilitación del acceso a la justicia y la resolución pacífica de los conflictos (art. 706 inciso a del Código Civil y Comercial), con las necesarias adecuaciones (ver art. 706 inciso b del Código Civil y Comercial), por su cercanía con la gente antes bien podría convenir ampliar el campo de actuación de los juzgados de paz a los asuntos de familia, cuanto menos a los fines de una mediación, sin perjuicio de la eventual posterior intervención de los juzgados de familia.