

# Mediación familiar en el ámbito judicial: Un camino de acceso a justicia a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y de la normativa de la provincia de Córdoba

por DINA CARRERA, MARÍA VICTORIA CAVAGNARO, GABRIELA FAVARO

31 de Agosto de 2015

[www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

Infojus

Id SAIJ: DACF150474

TEMA

Mediación, acceso a la justicia, código civil y comercial

## TEXTO

"Con el afianzamiento del régimen democrático de gobierno se comenzó a hablar entre nosotros de distintas maneras de resolver los conflictos interpersonales. Esto no es casual, porque sólo en democracia es posible pensar en la participación de los ciudadanos en las distintas instancias relacionadas con la vida social organizada". Adriana Schiffrin(1).

(...) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Principios generales de los procesos de familia.(...) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Artículo 706 Código Civil Y Comercial de la República Argentina.

1. Introito. Ideas Preliminares.

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

La realidad que trasunta a las familias no aparece ajena, por el contrario, estas se perfilan como un parangón de la mutación constante (2), así emergen distintos modelos de familias, tales como: Familias nucleares- tradicional, familia homoparentales, uniones convivenciales, familias monoparentales y familias ensambladas (3).

Por otro lado, vale decir, que los conflictos nos "acompañan o nos asedian", desde comienzos de la humanidad y hasta nuestra cercana cotidianeidad, ello ocurre, también en el ámbito familiar, por lo que deviene de vital importancia reconocer y aplicar soluciones integradoras a las disputas que se presenten en ese seno.

De allí la trascendencia de la mediación familiar, la que permite encontrar respuestas amoldadas a cada particularidad, compatible con cada modelo familiar.

Creemos en familia, no podemos pensarnos fuera de ella, ya sea la propia, la ajena o la evocada, todos nos encontramos insertos en ella.

Si la vida sin conflictos es una entelequia, elegir cómo solucionarlos, nos da la oportunidad de comenzar un camino de cambio.

Partimos de la base de un cambio de paradigma en la justicia tradicional que surge ante la necesidad de dar respuestas a los justiciables frente a nuevos y diferentes conflictos familiares, sin intentar reemplazar el sistema jurídico vigente sino a los fines de enriquecerlo con novedosas alternativas.

La incorporación progresiva y eficaz de nuevos paradigmas en los Tribunales provinciales, el que podrá sustentarse con la valiosa colaboración de todos los operadores jurídicos involucrados, es claramente necesario.

Convencidas de que trabajamos sobre un ámbito novel, propugnamos a generar la reflexión sobre la efectividad de esta práctica en el contexto de conflictos familiares y sobre las ventajas que muestra el proceso de institucionalización de la mediación dentro de la administración de justicia.

Por cuanto acceso a justicia (4)- como concepto- es más amplio que, el de acceso a la justicia, ya que aquella semántica, significa que a la solución del conflicto no se accede sólo al obtener una sentencia, sino que la solución del conflicto debe importar un mínimo coste, no sólo desde la faz económica sino- en muchos y mayoría de los casos- un costo emocional, pensemos cuánta significancia tiene esto en las conflictivas familiares.

Porque visto de este modo, surge la mediación como un complemento importante de la defensa que ofrece la justicia que el presente trabajo pretende ilustrar.

2. La autonomía de la voluntad: Lineamientos generales y su incidencia en el Nuevo Código Civil y Comercial.

El principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el **artículo 1197** del Código de Vélez, respondía la concepción iluminista de la plena confianza en la libertad del hombre y en sus posibilidades de determinarse a sí mismo sin interferencia alguna de la autoridad estatal.

Tiene sus raíces filosóficas en el pensamiento moderno cuya cumbre es, sin dudar, el imperativo categórico kantiano y, en especial, la diferenciación entre derecho y moral como dos órbitas de regulación independientes de la conducta humana.

Si bien la doctrina hablaba de "autonomía de la voluntad" la ley no ha empleado este término sino hasta entrado el siglo XXI, como se ha encargado de señalarlo la gran jurista, Kemelmajer de Carlucci (5).

El principio tuvo su mejor ejercicio en el ámbito del derecho patrimonial donde la voluntad declarada por las partes constituía para ellas una regla a la cual debían someterse como a la ley misma.

Con el tiempo, sin embargo, la autonomía de la voluntad fue encontrando sus propios límites en el abuso del derecho y en la necesidad de protección de la parte débil de la relación jurídica. Contrariamente, aspectos de la vida civil que tradicionalmente fueron objeto de regulaciones generalmente indisponibles, encuentran hoy, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, un terreno fructífero para el impulso de regulaciones privadas impulsadas por el interés recíproco de las partes.

Así, la posibilidad de realizar convenciones dentro del régimen patrimonial del matrimonio (6), pactos de convivencia (7) o la voluntad unilateral para provocar el divorcio (8), son algunos ejemplos del nuevo paradigma.

Surge de manera evidente, que en la nueva legislación, la autonomía de la voluntad alcanza una jerarquía en ámbitos distintos al que imperaba tradicionalmente. Pero también, es cierto, se lo pone en tela de juicio ante la necesidad de tutelar a la parte débil en las relaciones de familia. Las leyes que previenen contra la violencia familiar implican, en tal sentido, fuertes restricciones a la voluntad cuando se detectan situaciones de vulnerabilidad o de peligro para sus miembros.

3. Mediación familiar. Casos que se recepciona. Marco normativo. Especial referencia a las disposiciones legales de Córdoba.

En Argentina, la mediación familiar encontró su génesis normativa en el **Decreto 1480/92** (9), porque se declara de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la mediación como método no adversarial de la resolución de conflictos (art.1), siendo, -de acuerdo a la estipulación del art 4 del mismo decreto- los principios básicos que informan el instituto: a) voluntariedad, b) concurrencia personal de las partes, c) informalidad procedimental d) confidencialidad, incluidos los jueces de la causa. Quedando claro que el mediador tendrá un rol que será limitado a proponer soluciones posibles dejando en poder de las partes la decisión final, quedando establecido de esta manera que el mediador no resuelve el pleito.

Con estas pautas se encomienda al Ministerio de Justicia de la Nación la formulación de proyectos los que culminaran con la creación de una comisión que redactará la Ley Nacional de Mediación.

Dada la especificidad de la temática, aparece necesario contar con marcos normativos de la mediación familiar, lo que se traduce en la necesidad de dotar a juzgados con sus propios mediadores en los fueros provinciales de familia y que cuenten con cuerpos auxiliares técnicos multidisciplinarios y con una etapa previa de conciliación (vgr., en la provincia de Córdoba)( 10).

Concretamente, la Mediación en la provincia de Córdoba, está regulada por la **ley 8858** y sus modificatorias leyes 9031 y 9032. Específicamente la mediación judicial se encuentra sistematizada en el Título II de la citada ley, se desarrolla en el ámbito del Centro Judicial de Mediación, si bien la aplicación de la ley N° 8858, Decretos Reglamentarios y A. Reglamentario N° 140 son legislación específica y de aplicación general, el interior carece de división de fueros específicos como por ejemplo el que nos ocupa, ya que opera su servicio de justicia con multifueros o Juzgados de fuero múltiple. Razón por la cual, puede decirse que cada lugar y conforme la impronta socio cultural, recepciona casos y causas familiares de diversa índole.

#### 4. Mediación y familia: Propuestas superadoras a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial.

Es de señalar que cada familia, más allá de su tipicidad, se asienta sobre un paradigma familiar, por ello, cuando los principios que la sostiene se fractura, afloran los conflictos, y es allí donde la familia deja de ser funcional, surgiendo la necesidad de generar una solución más que inmediata que permita reconstruir las relaciones rotas con un claro respeto a las necesidades e intereses de todos sus miembros.

Bien es cierto que en los procesos de familia, la legislación procura que las partes no se vean impulsadas a litigar entre sí, generando aún más discordias, desavenencias, o el progreso cada vez más doloroso de los diferendos existentes.

De esta manera, surge como medida saludable, no perder de vista al interés familiar y con ello, la necesidad de contar con un compromiso pacífico de la controversia, incluso, los modernos ordenamientos jurídicos se orientan a buscar procesos menos adversariales para los trámites tribunales de divorcio y de las cuestiones conexas que estos generan.

En este punto medular, es que germina la mediación familiar como una alternativa acertada, y esto ha sido receptado de manera expresa por el Nuevo **Código Civil y Comercial de la Nación**.

En distinto articulado, es posible inferir un avance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad (11) de las partes involucradas en la solución de cuestiones de índole familiar(12).

A guisa de ejemplo el Art. 642 (13) del mencionado Corpus Iuris, recepta que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, en el ejercicio de su responsabilidad parental, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local. 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.

Con esto se subraya el verdadero sentido de la mediación, la que se asienta en la búsqueda de aquellas soluciones que mejor se adapten a los intereses de las partes en conflicto, a través del procedimiento de reconducir el problema a sus equitativos términos, inhibiéndole aquella carga emotiva que torne aún más agudo al conflicto que se pretende remediar.

La mediación tienen numerosas ventajas frente a la solución de los conflictos en estrados judiciales, donde las partes deben- por la misma naturaleza del proceso convencer al juez de sus posiciones- ventilando situaciones y hechos que producen heridas y enconos, muchas veces irreductibles.

Por ello deviene generativo encontrar soluciones que permitan generar la lógica ganar-ganar, ya que una solución construida bajo el paradigma de ganar- perder, propia de un litigio y una sentencia judicial (14), significaría no sólo la potencialidad de acrecentar, sino de mutar la conflictiva familiar.

Las soluciones construidas en mediación y nacidas en el compromiso de los propios involucrados, permitirá generar un efecto multiplicador no sólo en la armonía que pudiera volver a reinar en ese núcleo familiar, sino en toda sociedad en su conjunto.

5. A modo de cierre.

El presente trabajo intentó -de manera somera- proponer un recorrido de la mediación familiar y su especial consideración a la variable de la autonomía de la voluntad en el actual Código Civil y Comercial.

Estamos transitando un momento único que permitirá a las familias encontrar espacios pacíficos de resolución de conflictos, donde las respuestas permitan empoderar a sus miembros, procurando mantener las relaciones tan vitales en este tipo de vinculaciones.

Anhelamos que las ventajas del procedimiento de mediación genere un debate en nuestra sociedad, de forma que sus premisas y los principios normativos que salvaguardan a la familia, a los niños y adolescentes, se vuelvan una perceptible realidad.

Instamos a la comunidad en su conjunto y a los operadores jurídicos en particular, a reflexionar y a transitar estas sendas, como modo de alcanzar el fin último de la mediación cual es, la pacificación social.

Notas al pie.

(1) Cfr. Schiffrin, Adriana "La Mediación: Aspectos Generales" p. 37, en Julio Gottheil, Adriana Schiffrin (Compiladores) "Mediación: una transformación en la cultura" .Ed Paidós. 1996.

(2) Véase a modo de ejemplo la nueva consideración de familia que recepta el Artículo 7 del Decreto 415/06, reglamentario de la ley 2606, que dispone: "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 o 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) Quintero Velasquez, A.M. (2007) Diccionario especializado en familia y género (1ª ed.). Buenos Aires, Lumen, pp. 59-67.

(4) "Los casos de acceso a la justicia entendido como sistema judicial, entre los casos de

(4) "Una cosa es acceso a la justicia-entendida como sistema judicial- y otra es acceso a justicia-entendida como solución justa- y en tal sentido justicia no es sinónimo de sentencia judicial". Se sugiere la lectura de : Highton Elena y Alvarez Gladys, "Mediación para la resolución de conflictos" 2004, Ad Hoc S.R.L. p.195 y ss.

(5) Kemelmajer de Carlucci, Aída, La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino, en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, Infojus, 2014, p. 3.

(6) 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.

(7) 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.

(8) ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

(9) Decreto 1480/92 Declárase de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos.Bs. As., 19/8/92.

(10) La mediación familiar y el Decreto 1480/92.Comisión Directiva de ADEFA, Rev.Jurisp Arg, 1994 T I.

(11) En la dicotomía de autonomía de la voluntad y orden público, aparece la necesidad de subrayar que este no será inmutable, por el contrario se va adaptando a los nuevos tiempos, a las nuevas exigencias sociales, a la mayor complejidad de las relaciones humanas, pero también al nuevo marco normativo constitucional, que ha hecho reformular el derecho de familia y sus instituciones, el que no se signe a las disposiciones del derecho contenido en el Código Civil y leyes complementarias, sino a la luz de los Tratados y convenciones internacionales que hoy tienen raigambre constitucional, y por lo tanto mayor jerarquía normativa. Cfr. Lloveras, Nora Y Marcelo Salomón. "El Derecho de Familia" Desde la Constitución Nacional, Editorial Universidad, p.74.

(12) Referimos a Ley Provincial de Mediación N° 8858 de la provincia de Córdoba y su reglamentación se delimita el ámbito de aplicación de esta instancia a causas cuyo objeto sea materia disponible por los particulares. Cuando hablamos de orden público nos referimos a aquellas situaciones en las que el interés social tiene una mayor protección jurídica que el interés particular, es decir que el procedimiento de mediación tiene como principal límite que no se vea afectado el derecho de terceros ajenos al proceso. En la Ley Provincial de Mediación N° 8858 en su Art. N° 3 se enumeran las causas que quedan excluidas del ámbito de la mediación, que son las siguientes: a- Acciones de divorcio vincular o personal, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción; con excepción de: las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas. En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares.

(13) ARTÍCULO 642. Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores

(13) ARTICULO 642.- 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.

(14) Di Pietro Ma. Cristina, "La superación del Conflicto", Alveroni Ediciones, 2011.p. 27 y ss.

### [Contenido Relacionado]

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- \* Di Pietro Ma. Cristina, "La superación del Conflicto", Alveroni Ediciones, 2011.
- \* Highton, Elena y Gladys Alvarez, "Mediación para resolver conflictos", Ed. Ad Hoc.
- \* Kemelmajer de Carlucci, Aída, La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino, en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, Infojus, 2014.
- \* Lloveras, Nora Y Marcelo Salomón. "El Derecho de Familia" Desde la Constitución Nacional, Editorial Universidad.
- \* Quintero Velasquez, A.M.,"Diccionario especializado en familia y género" (1ª ed.). Buenos Aires, Lumen.2007.
- \* Schnitman, Dora Fried, "Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos", Ediciones Granica, 2000.
- \* Schiffrin, Adriana "La Mediación: Aspectos Generales" p. 37, en Julio Gottheil, Adriana Schiffrin (Compiladores) "Mediación: una transformación en la cultura" .Ed Paidós. 1996.
- \* Suares, Marinés. "Mediando en sistemas familiares". Editorial: Paidós. Argentina. 2003.