



UADE

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Investigación Final de ABOGACIA

La mediación familiar como método de obtención de justicia reparatoria.

Alumna: Blatter, Natalia Carolina **LU:** 1057189

Carrera: Abogacía

Tutora: Dra. Ana Bernasconi

Fecha de presentación: 14/09/15

Turno de cursada de Seminario de Práctica Corporativa: Tarde

INDICE

Abstract

Introducción.....pág.1

Objetivos.....pág.1

Hipótesis planteada.....pág.1

Fundamentación.....pág.2

Metodología.....pág.3

Desarrollo.....pág.3

Mediación Familiar: concepto.....pág.3

Origen del instituto.....pág.5

Ventajas de la Mediación Familiar.....pág.6

La Justicia Reparativa o Restorative Justice.....pág.7

Justicia Reparativa en el ámbito del Derecho de Familia.....pág.9

Acuerdos en Mediación Familiar vs. Sentencias Judiciales en el Fuero de Familia.....pág.11

La Justicia de Acompañamiento.....pág.13

Recepción legal del instituto.....pág.14

Dos casos reales.....pág.17

Conclusiones.....pág.20

Bibliografía.....pág.23

Anexo.....pág.25

ABSTRACT

La Mediación, como método alternativo de resolución de conflictos, es un instituto que ha venido insertándose en nuestro sistema como instancia prejudicial obligatoria desde hace ya veinte años.

Actualmente, la regula la Ley 26589 y su decreto reglamentario 1467 como la última oportunidad para que las partes se acerquen y generen una solución que satisfaga sus intereses, los propios y los comunes, con la ayuda de un tercero neutral, el mediador.

El conflicto entre las partes, conflicto interpersonal, es el elemento que la mediación tiene como base para su existencia; es *“la relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna parte como incompatibles”*¹.

Así, frente al conflicto suscitado en el seno familiar, las partes cuentan con un ámbito en el cual manifestar sus intereses libremente, dejando de lado sus posiciones y buscando arribar a una solución integral, que no solamente signifique haber resuelto el problema en beneficio de alguna de ellas, tal como ocurre a menudo en sede judicial donde encontramos ganadores y perdedores, sino el haber logrado un avenimiento de ambas y la convicción de que ese resultado obtenido es la mejor solución posible para todo el núcleo familiar en términos de una verdadera justicia reparatoria.

La justicia reparatoria o restaurativa es un concepto que abarca tres etapas: encuentro, reparación y reintegración y que se toma del Derecho Penal como *“un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”*.²

En este trabajo corroboraré la posibilidad de extender la aplicación de este concepto al ámbito de Derecho Civil y específicamente a cuestiones de Familia en acuerdos obtenidos en Mediación.

¹ ALVAREZ, G.; HIGHTON, E. *Mediación para resolver conflictos*. Bs. As: Ad-Hoc, 1995, pp. 41-42.

² MARSHALL, Tony. *Restorative Justice. An Overview*, Home Office. 1999.

1. INTRODUCCION

1.1 OBJETIVOS:

El objetivo del presente trabajo es analizar el rol de la mediación en cuestiones de Familia y su eficacia frente al papel que cumplen las sentencias judiciales en este fuero respecto de la obtención de justicia reparatoria.

Así, comenzaré por explicar brevemente en qué consiste y cómo surge la mediación familiar profundizando las ventajas de este instituto. Analizaré la eficacia de los acuerdos obtenidos por esta vía respecto de la autocomposición del conflicto para luego compararlos con la obtención de una solución al mismo en sede judicial en términos de justicia reparatoria.

Desarrollaré además este último concepto y estudiaré su importancia en relación a los conflictos que se generan en el seno familiar. Finalmente, trataré de concluir si la solución obtenida luego de un proceso de mediación familiar resulta más efectiva que aquella obtenida a partir de un proceso litigioso en sede judicial, señalando aspectos positivos y negativos de una y otra alternativa y su incidencia en la persona de las partes.

En relación a los efectos de las sentencias de Familia, dedicaré un apartado especial al análisis del rol de la justicia de acompañamiento que se lleva a cabo en sede judicial durante el proceso.

En la extensión de este trabajo iré mencionando aquellas normas del Código Civil y de la Ley de Mediación -ley 26589- que se relacionen con los temas tratados. Asimismo, y ante su inminente entrada en vigencia, haré mención de algunos conceptos sobre Familia que introduce el nuevo Código Civil y Comercial unificado.

1.2 HIPOTESIS PLANTEADA

La mediación familiar, como método alternativo de solución de problemáticas derivadas de asuntos de familia, es más efectiva que el proceso judicial en cuanto a la obtención de justicia reparatoria para las partes.

1.3 FUNDAMENTACION

Para mi trabajo de investigación final he elegido desarrollar el tema de la mediación en cuestiones de Familia y su eficacia en cuanto a proporcionar una justicia que repare integralmente el conflicto que presentan las partes ya que considero que este tipo de cuestiones, las de Familia, pueden llegar a ser extremadamente delicadas en algunos casos, como por ejemplo cuando se trata de violencia familiar o pedido de tenencia de hijos o de visitas (mejor llamados Cuidado Personal y Deber de Comunicación dentro del capítulo de Responsabilidad Parental en el nuevo Código Civil y Comercial unificado).

Pienso que la posibilidad de que éstos y otros temas de Familia puedan ser tratados de manera especial y mediante un procedimiento también específico, como lo es el de mediación familiar, es de vital importancia para que las partes puedan arribar a una solución que se ajuste a sus intereses y que proteja además, principalmente los de todo el grupo familiar afectado.

Creo que es fundamental para toda familia que presenta un conflicto o situación problemática y que llega, quizás, abatida a la mesa de mediación, contar con la oportunidad de lograr un acuerdo que surja de su seno mismo, de escuchar al otro y que signifique no solamente haber “hecho justicia” sino haber reparado el problema mediante un diálogo abierto y el “ponerse en el lugar de la otra parte”, que hacen que la solución arribada perdure, además, en el tiempo.

Considero que en sede judicial, el concepto de “justicia” cambia rotundamente ya que no siempre comprende la satisfacción de los intereses de las partes. En muchas ocasiones, los pedidos que ellas hacen en sus demandas se satisfacen a medias; en otras, sólo una resulta vencedora, mientras que para la otra, la parte perdedora (el mismo modo de nombrar a las partes ya es desafortunado en términos de reparación del conflicto), el proceso habrá significado un total fracaso.

Es innegable que habrá ámbitos en los que la “justicia de la ley” se torne inevitable y aparezca como la única posibilidad de llegar a una solución aunque más no sea, impuesta por el juez a las partes. Sin embargo, en asuntos derivados de conflictos de familia, la “justicia de la ley” debería ser el último recurso al que echar mano recién cuando se agote la posibilidad de lograr una justicia que surja de las propias partes.

En este contexto es que estimo necesario resaltar la importancia de la mediación familiar: su objetivo, procedimiento y resultado (aun cuando puede no ser positivo en algunos casos, si las partes no llegan a un acuerdo) apuntan a lograr la reparación integral del conflicto que aqueje a la familia de la que se trate, mediante la ayuda brindada por el mediador, quien tiene un rol fundamental en el acercamiento de las partes para que sean ellas mismas quienes bosquejen una solución a su propio conflicto.

Por ello, me parece muy interesante hacer un análisis de ambos procedimientos, resaltando sus ventajas y desventajas para concluir que la mediación familiar es eficaz para la obtención de una justicia reparatoria y un método de solución de conflictos que prioriza el acercamiento, el diálogo y la igualdad de las partes.

1.4 METODOLOGIA

Para desarrollar los objetivos propuestos realizaré una investigación descriptiva y explicativa del tema en estudio. Entendiendo que, mientras la investigación descriptiva busca destacar las propiedades importantes de cualquier fenómeno sometido a análisis, la explicativa busca conocer los motivos que provocan determinado fenómeno.

Al analizar la eficacia de la mediación familiar en los términos de una justicia reparatoria voy a destacar los aspectos más importantes de los conceptos mencionados y también trataré de explicar los motivos que confirman mi hipótesis.

Todo ello utilizando el método comparativo al analizar la solución obtenida en mediación familiar, es decir, el acuerdo, en contraste con la solución judicial, la sentencia.

2. DESARROLLO

2.1 MEDIACION FAMILIAR: CONCEPTO

La **mediación familiar** constituye una especie dentro del género que es la mediación. Si bien este último concepto genérico ha sido definido por diversos autores, en todos los casos subyacen elementos en común que permiten resaltar sus caracteres principales.

Así, para el Dr. Dupuis, la mediación debe ser entendida como *“un procedimiento de negociación asistida por el cual las partes involucradas en un conflicto pretenden*

*encontrarle una solución que satisfaga a ambas, para lo cual recurren a la colaboración de un tercero neutral, que carece de poder de decisión y cuya función será la de ayudarlas en esa búsqueda”.*³

Las Dras. Highton y Álvarez definen a la mediación como “*un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable*”.⁴

Según Christopher Moore, la mediación implica “*la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y está habilitado para ayudar a las partes contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en discusión*”.⁵

Si nos remontamos en la historia, los filósofos griegos ya hablaban de solucionar conflictos relacionando dos elementos distintos. El mediador se encargaba de acercar dos elementos diferentes. Hablaban de realidad intermedia y de agente facilitador.

Asimismo, el Cristianismo consideraba a Cristo como perfecto mediador entre dos elementos o partes: Dios y el alma.

De las distintas conceptualizaciones podemos esgrimir entonces los elementos principales en común, aquellos que conforman las características salientes de la mediación: partes, conflicto, intermediación, imparcialidad, voluntariedad, acercamiento, negociación y acuerdo.

Los caracteres esenciales de la Mediación han sido receptados por el art. 7 de la Ley 26589 de Mediación Pre-Judicial Obligatoria como principios que le sirven de base:

ARTICULO 7º — *Principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.* El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios:

a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes

³ DUPUIS, J. C. *Mediación y Conciliación*. Bs.As: Abeledo Perrot, 1997, pág. 46.

⁴ ALVAREZ, G.; HIGHTON, E. Ob Cit., pág. 122.

⁵ MOORE, C. *El Proceso de Mediación*. Bs. As.: Granica, 1995, pág. 32.

en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;

- b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;
- c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;
- d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;
- e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;
- f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;
- g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;
- h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Como podemos apreciar encontramos en esta enumeración algunos de los caracteres que surgen de las definiciones antes mencionadas así como también algunos otros que configuran ventajas de la mediación que trataré más adelante en este trabajo.

2.1.1 ORIGEN DEL INSTITUTO

La mediación familiar se desarrolla primero en EEUU. y luego en Canadá como método alternativo al litigioso para la resolución de conflictos en la materia. En EEUU., el juez de Corte Warren Burger fue quien inicialmente evaluó y propuso la implementación de cambios en la administración de justicia para casos de menor cuantía: *“La gente con problemas, lo mismo que la gente con enfermedades, quiere remedios, y los quiere lo más rápido y barato que sea posible.”*⁶

Si bien en un principio se sometían a mediación sólo cuestiones menores, posteriormente su campo de acción se fue ampliando y se introdujo la posibilidad de resolver otras situaciones, como los conflictos familiares, a través de este método alternativo.

⁶ BURGER, Warren, *Delivery of Justice*. Minnesota, EEUU, 1990.

Del mismo modo, en Canadá la mediación familiar ha sido reconocida a nivel federal y provincial y los servicios de mediación trabajan seriamente desde los años 70 con un esquema interdisciplinario que reproduce el modelo de EEUU.

En nuestro país, en el año 1991 se creó una Comisión de Mediación conformada por los jueces Gladys Alvarez, Zulema Wilde, Elena Highton y Luis Gaibrois y por los abogados Eduardo Zannoni y Carlos Arianna quienes se especializaban en las áreas familiar y patrimonial.

Esta Comisión elaboró un proyecto y luego un Plan Nacional de Mediación que contemplaba la implementación de programas de mediación así como su inclusión en planes de estudio de carreras universitarias. Se sugirió también, la creación de una Escuela de Mediadores y la formación de un Cuerpo de Mediadores.

Asimismo, convocó entrenadores norteamericanos para dictar cursos de mediación a jueces, abogados, profesores, psicólogos y asistentes sociales. Hacia fines del año 1992 el Ministerio de Justicia contaba con 60 mediadores certificados y para el año 1994 la capacitación de mediadores era dictada ya por capacitadores argentinos.

En agosto de 1992, el Poder Ejecutivo del Estado dictó un decreto declarando la mediación como de interés nacional, encomendando al Ministerio de Justicia la creación de un Plan Nacional de Mediación, un Cuerpo de Mediadores y una Escuela de Mediación. Este decreto además instaba a la Justicia Civil a realizar una experiencia piloto en la cual los jueces invitaban a las partes a optar por la mediación cuando lo consideraran apropiado y sólo a pedido de ellas se las derivaba al Centro de Mediación. En caso de optar por este método, el Centro le informaba al juez su resultado, remitiéndole el convenio para su homologación.

2.1.2 VENTAJAS DE LA MEDIACION FAMILIAR

Entre los aspectos positivos que los distintos autores le reconocen a la mediación familiar frente a la solución judicial, resumo los siguientes:

- **Celeridad en el logro de una solución al conflicto.** El tiempo que transcurre mientras el conflicto está latente desgasta a todos los integrantes la familia produciendo una innecesaria profundización de las diferencias y sufrimientos. Por ello, la mediación familiar busca que las partes puedan arribar a la solución por sí mismas con rapidez para

sanar esas diferencias dejando la menor cantidad de secuelas posible en los miembros de la familia que ha sufrido el problema.

- **Menores costos para las partes y también para el Estado**, ya que este método de solución de conflictos descarga a los tribunales de casos a resolver y de expedientes de los que están abarrotados. Se trata además de un menor costo económico pero también emocional frente a la ruptura familiar que significa el conflicto en ese ámbito.

- **Amplitud de la solución**, en tanto las partes construyen la solución a la medida de su conflicto, que excede a veces los aspectos puramente legales.

- **Mantenimiento de relaciones futuras**, lo cual es sumamente importante en cuestiones de familia ya que, en la mayoría de los casos, las partes deben seguir en contacto a futuro y la idea de “vencedor - vencido” típica de los resultados judiciales no ayuda a que las relaciones entre ellas perduren en paz.

- **Confidencialidad**, resguardo de la privacidad de las partes. Tratándose de conflictos familiares es importante que las partes sepan que su problema no será expuesto a terceros y así puedan confiar en el funcionamiento de la mediación familiar para arribar a una solución y comprometerse efectivamente a lograrlo.

- **Informalidad, flexibilidad**. Si bien la mediación reconoce diferentes etapas y una estructura que el mediador deberá conocer y seguir, no está sujeta a ningún procedimiento formal ni está obligada por ninguna regla procesal.

- **Acercamiento voluntario** de las partes, quienes deben manifestar su intención de permanecer pero no están obligadas a hacerlo y siempre cuentan con la posibilidad última de proseguir con la búsqueda de solución de su controversia en sede judicial.

Algunas de estas ventajas fueron incluidas en el art. 7 de la ley 26589 como principios que rigen la Mediación Pre-Judicial Obligatoria que ya he mencionado en el apartado 2.1 de este trabajo.

2.2 JUSTICIA REPARATORIA O RESTORATIVE JUSTICE

Normalmente se distinguen dos aspectos de la justicia: la justicia procesal, que aparece

cuando se aplican correctamente las normas correctas; y la justicia distributiva, referida a lograr beneficios positivos mediante una distribución equitativa de acuerdo a las necesidades de las partes. Sin embargo, existe un tercer aspecto que debemos distinguir: la justicia reparativa o restauradora que se ocupa de las consecuencias que permanecen luego del conflicto o perjuicio.

El origen de este concepto lo encontramos en los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de justicia reparativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

La **justicia reparativa** es un sistema típico de la justicia penal en el que las partes que se vieron involucradas en un delito, deciden por sí mismas cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y las repercusiones que tendrá en el futuro.⁷

Autores como Gordon Bazemore y Lode Walgrave la definen como “*la acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito*”.⁸

La mediación en materia penal se entiende como instrumento de la justicia reparativa al tratarse de un procedimiento de gestión de conflictos en el cual un tercero neutral e imparcial, con conocimientos técnicos adecuados, independiente de los actores institucionalizados del proceso penal judicial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación tanto material como simbólica.

Eiras Nordensthal en su libro *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría* compara la justicia reparativa con una de las teorías de la justicia y de la pena en materia de Derecho Penal: la justicia retributiva; y al hacerlo resalta los caracteres de la justicia reparativa que se ponen de manifiesto. Explica que es necesario entender que en el

⁷ MARSHALL, T. Ob. Cit., pág. 17.

⁸ BAZEMORE, G.; WALGRAVE, L. *Restorative Juvenile Justice*. Missouri: Willow Tree, 1999, pág. 49.

sistema tradicional la responsabilidad por las conductas es individual, a diferencia del modelo restaurativo o reparatorio, el que, sin dejar fuera esta responsabilidad, considera también las circunstancias, la historia, las interpretaciones, el entorno y los grupos de poder que influyen.

Asimismo, continúa explicando este autor que los sistemas se diferencian en relación con la finalidad. El procedimiento retributivo tiene como objetivo probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo, dejando de manifiesto una orientación hacia el pasado, en función de la investigación de los hechos acontecidos. En cambio, para el sistema restaurativo los objetivos son la resolución del conflicto, el asumir responsabilidades y la reparación del daño causado. Este sistema se sitúa en una perspectiva de futuro.⁹

El objetivo de la justicia reparatoria en el ámbito penal en el cual es aplicada es buscar la reparación del daño para la víctima, la reinserción del infractor y el servicio a la comunidad. Estas metas son alcanzadas mediante la práctica del procedimiento de mediación en el que víctima e infractor buscan una solución con base en el dialogo. Este acercamiento sanador devuelve la confianza y seguridad a la víctima, concientiza al infractor sobre los efectos de sus actos y ayuda a restablecer la paz.

2.2.1 JUSTICIA REPARATORIA EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

Atendiendo las características mencionadas respecto de la justicia reparatoria, y en virtud del especial contexto en que se desarrollan los conflictos de familia es posible y más aún, necesario y útil, el extender su ámbito de aplicación del Derecho Penal al Derecho Civil y más específicamente a cuestiones de Familia.

Si la mediación en materia Penal constituye un instrumento del que se vale la justicia reparatoria, igualmente puede serlo la mediación en materia Civil y con mayor grado de importancia en al ámbito de Familia. Los objetivos de la justicia reparatoria coinciden plenamente con aquellos de la mediación familiar: reparar el conflicto, llegar a una solución autocompuesta, contemplar el contexto en el que se desarrolla la familia, mirar hacia el futuro y recomponer lazos, entre otros.

⁹ EIRAS NORDENSTAHL, U. C. *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría*. Bs. As.: *Histórica*, 2005.

El conflicto, presupuesto de la mediación y elemento esencial del cual surgen los reclamos entre diferentes personas, es inherente a nuestra condición misma de seres humanos. Detrás del conflicto hay intereses encontrados de las partes, divergencias, diferencias, choques y confrontes que nacen a partir de un hecho desencadenante y que rompen el equilibrio que existía entre ellas. Frente a un conflicto es natural que el hombre busque lograr solucionarlo. Ello es propio del ser humano.

Sara Rozenblum, psicóloga y mediadora, describe el conflicto como “*aquel grado de incompatibilidad que las partes perciben en sus fines o en los medios para alcanzarlos*”; y explica que al momento del conflicto las partes se perciben antagónicas, sin encontrar salida o respuesta integradora a sus diferencias.¹⁰

Es claro que tanto las personas, las organizaciones, las familias como también los grupos tienen conflictos, viven situaciones que son comprendidas como conflictivas. Desde la psicología, Sigmund Freud describía al conflicto como una de las fuentes de sufrimiento humano: “*la insuficiencia de nuestros métodos para regular las relaciones humanas en la familia, el estado y la sociedad*”.¹¹

Naturalmente, el hombre intentará encontrar una solución al conflicto suscitado, solución que podrá ser pacífica y acordada entre las partes con la ayuda de un facilitador, tercero neutral, el mediador; o bien surgir impuesta por un tercero que aplica la justicia de la ley, el juez, que resolverá según el caso.

En el primer supuesto estaremos ante la búsqueda de un acuerdo en un proceso de **mediación**, donde las partes mismas con la guía del mediador, especialmente capacitado para trabajar sobre las diferentes posiciones e intereses, irán moldeando una solución en la que ambas resulten “ganadoras”, poniendo fin así al conflicto que las enfrentaba en base a los intereses que pudieron negociar y dejando de lado las posiciones estáticas en las que se basaba su confrontación.

¹⁰ ROZENBLUM, Sara. *Mediación y Revinculación. Un proceso de cura para la familia*. Bs. As.: Lexis Nexis, 2006, pág. 1.

¹¹ FREUD, Sigmund, *El malestar en la cultura*. En: *Obras Completas*, Tomo XXI, Bs. As.: Amorrortu, 1979.

Todo ello como instrumento de la **justicia reparativa** y teniendo en cuenta que los conflictos que le competen a la mediación son los conflictos interpersonales, que pueden ser definidos como *“una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna parte como incompatibles”*¹².

En el segundo supuesto, en cambio, nos encontraremos con una parte que demanda a otra en busca de **justicia impartida por un juez**, según lo que le indique la ley y en la que se obtendrá una sentencia que hará “ganadora” a una de ellas y “perdedora” a la otra. En este caso, frente al **reclamo jurídico**, la solución será satisfactoria sólo para una de las partes, quedando latente una nueva situación de conflicto o disgusto en la “perdidos”, no logrando entonces “reparar” por completo el problema que aquejaba a la familia.

Es así que la mediación familiar emerge como técnica para resolver conflictos cuando las familias no pueden hacerlo desde su interior mismo y deciden buscar ayuda para lograr continuar sus relaciones evitando el patrón “ganador-perdedor”.¹³

2.3 ACUERDOS EN MEDIACION FAMILIAR VS. SENTENCIAS JUDICIALES EN EL FUERO DE FAMILIA

Mientras que en el acuerdo obtenido en mediación familiar existe autocomposición del conflicto, obtención de una **solución autocompuesta**, la sentencia judicial presenta una **solución heterocompuesta**, una solución impuesta desde afuera.¹⁴

Cualquiera sea el método de solución por el que se opte, cuando el conflicto se genera dentro del seno familiar, sus consecuencias se hacen aún más profundas dado que los temas que se tratan son más delicados y sensibles. Las partes pueden no encontrar tan agradable el hecho de revelar sus internas familiares ante un tercero desconocido.

Puede inclusive tratarse de un conflicto que afecte la situación familiar de niños, menores que están sufriendo por lo vivido y para quienes el enfrentamiento de miembros de su familia empeora su malestar y angustia y, para quienes, tanto el proceso hasta llegar al

¹² ALVAREZ, G.; HIGHTON, E. Ob. Cit., pág. 41-42.

¹³ ROZENBLUM, Sara. Ob. Cit., pág. 48.

¹⁴ ALVAREZ, G.; HIGHTON, E. Ob. Cit. pág. 96.

resultado como el resultado mismo podría marcarlos de por vida.

En materia de familia, por la fragilidad e intimidad de las relaciones entre sus integrantes, que se ven expuestas y vulneradas mediante un proceso judicial, la mediación como manifestación de la Justicia Restaurativa o Reparativa ofrece un espacio confidencial y especializado para acoger, tanto desde lo emocional como desde lo concreto, la multiplicidad de conflictos que pueden presentarse entre sus subsistemas: parentofamiliar, conyugal, fraternal e intergeneracional.

Es por ello que, en este plano, mientras los **acuerdos obtenidos en mediación** ofrecen una forma de lograr que las partes que llegan enfrentadas se vayan re-integradas, revinculadas, logrando volver a encontrar la armonía perdida dado que la solución al problema ha surgido de ellas mismas y contemplando los intereses de cada una; la **sentencia judicial**, en la mayoría de los casos, deja un “sabor amargo” en la persona de las partes, especialmente en la que no ha logrado ver satisfechos sus intereses y aún más cuando en el camino hasta llegar a ella han vivido sufrimientos que ya no podrán recomponerse.

Esta opción de someter los conflictos de familia a un proceso judicial debiera considerar que las relaciones continuarán existiendo entre los miembros de la familia, más allá del problema concreto objeto de la sentencia. Mientras las partes queden situadas en una lógica de vencedores y vencidos, el restablecimiento de relaciones familiares y el cumplimiento de obligaciones que deben asumir de manera impuesta, sólo deteriorarán más los vínculos afectivos entre los miembros de la familia.

Más aún, en las disputas familiares con presencia de niños, serán habitualmente los propios progenitores los que participen de esas soluciones, por lo que la mediación familiar beneficiará de manera eficaz a los hijos menores, pues en cualquier opción de solución que se adopte, siempre deberá prevalecer el interés superior de la familia y el propio interés del niño o joven aún bajo la patria potestad/responsabilidad parental.

Así, en la mediación, se deja de lado el camino de la interpretación jurídica, para focalizar en la manera en que los protagonistas definen su conflicto y buscan soluciones autocompuestas, sin desconocer por ello el derecho como marco legal, ni aun cuando estas soluciones se plasmen en acuerdos que posean valor jurídico.

La mediación toma en cuenta la ética intrafamiliar, y trabaja un proceso ético y respetuoso procurando proteger a los niños del modelo de relación patológica de sus padres y a la vez promover nuevos patrones de intercambio dentro de la familia.¹⁵

El Dr. Eduardo Fanzolato subraya que *“en los procesos de conflictos de familia la legislación procura que las partes no se vean impelidas a litigar entre sí, generando discordias, animosidades, desinteligencias, o el ahondamiento de los diferendos existentes. Resulta ser una medida saludable, que mira al interés familiar, con la esperanza de una reconciliación o de un arreglo pacífico de la controversia”*.

Los modernos ordenamientos jurídicos se orientan a buscar procesos menos adversariales para los trámites judiciales de los conflictos familiares. Es entonces donde emerge la mediación como una alternativa acertada, que nos introduce en el campo de lo subjetivo, único y singular de cada sujeto.

Ello es lo que la hace un instituto que no podemos dejar de considerar cuando se trata de conflictos que se generan en el seno familiar y que requieren una “cura total” para que los integrantes de la familia puedan seguir ligados como se espera.

2.3 LA JUSTICIA DE ACOMPAÑAMIENTO

Así como el concepto de **familia** ha ido evolucionando con el pasar de los años, también el tratamiento de los conflictos familiares se ha ido especializando cada vez más. Esta tendencia se vio exteriorizada en los cambios de legislación, la distinción de juzgados familiares y la implementación de programas interdisciplinarios con el objetivo de resolver aquellos conflictos.

Surge en este contexto la llamada **Justicia de Acompañamiento** para reforzar la idea de que el acceso de la familia al sistema judicial buscando resolver un conflicto generado en su seno, no es nocivo en sí mismo siempre que este sistema pueda brindar la estructura y el procedimiento adecuados para lograr el objetivo. La pregunta que me hago, y creo que muchos nos hacemos, es si esta estructura y este procedimiento son realmente adecuados para lograrlo.

¹⁵ ROZENBLUM, Sara. Ob. Cit., pág. 5 y 6.

El Dr. Cárdenas, pionero en la tarea de implementar la justicia de acompañamiento, explica en su artículo de doctrina *Mediación familiar y Justicia de Familia*, que “*la familia llega al juzgado con leyes propias que, aunque no están escritas, son altamente poderosas entre sus miembros. Debe ser tarea del juez comprender esas leyes, apreciarlas y valorarlas aunque se contrapongan a veces con las leyes que debe imponer*”.

Sucede a menudo que estas leyes familiares no dejan penetrar las leyes sociales y ello provoca la ineficacia de los juzgados de familia. Lo importante es entonces lograr un punto de acuerdo entre ambas y el juez será una suerte de mediador entre ellas.

Ante un conflicto familiar, explica el Dr. Cárdenas, es necesario que el juez se instale en medio de la familia en crisis y la apoye, le ponga límites, la acompañe y la ayude en el proceso de reorganización en que se encuentra. Y esta es la función de los integrantes del sistema judicial hoy. Su rol ha cambiado sustancialmente, se ha ampliado: hoy es activo, participatorio, desbalanceador y pacificador; en contraposición al clásico concepto de juez imparcial y neutral que cada vez es menos conveniente si se busca una solución en términos de justicia reparatoria.

De esta forma, la estructura del proceso judicial se va modificando, se va acercando a aquella de la mediación familiar y muchos conceptos que la mediación familiar ha ido elaborando resultan muy útiles para mejorar las prácticas del sistema judicial y que éste se torne eficaz. Así, el nuevo modelo de justicia familiar tiene como base de apoyo la experiencia de la mediación familiar.¹⁶

2.5 RECEPCION LEGAL DEL INSTITUTO. NORMATIVA APLICABLE.

En la actualidad contamos con una Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria, ley 26589, que entró en vigencia en el mes de agosto del año 2010 y que regula el procedimiento de mediación obligatorio y previo a todo proceso judicial, salvo para aquellos casos que la misma expresamente excluye.

En su articulado esta ley detalla los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, regula la labor del mediador, determina el modo en que deben

¹⁶ CÁRDENAS, Eduardo. *Mediación Familiar y Justicia de Familia: Un intento de mediación entre dos contendientes*. La Ley, 28/V/1996.

desarrollarse las audiencias, establece el alcance de los acuerdos obtenidos y contempla en forma específica el procedimiento de mediación familiar y casos en que procede.

Son relevantes especialmente para este análisis los artículos 31 a 33 de la ley de Mediación Pre-Judicial Obligatoria que prevén específicamente la Mediación Familiar:

- El **art. 31** enumera los casos en que este instituto procede:

Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre:

a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil;

b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes;

c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial;

d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia;

e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil;

f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio;

g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

Debo destacar en este punto que este artículo tiene que ser interpretado a la luz de los cambios que propuso la implementación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, teniendo en cuenta por ejemplo que el término *Tenencia* ha sido reemplazado por el de *Cuidado Personal* dentro del capítulo de Responsabilidad Parental (antes llamada Patria Potestad) y que ha desaparecido, con la reforma, el instituto de la separación personal.

- El **art. 32** prevé la conclusión de la mediación familiar:

Si durante el proceso de mediación familiar el mediador tornase conocimiento de circunstancias que impliquen un grave riesgo para la integridad física o psíquica de las partes involucradas o de su grupo familiar, dará por concluida la mediación. En caso de encontrarse afectados intereses de menores o incapaces, el mediador lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público de la Defensa a fin de que solicite las medidas pertinentes ante el juez competente.

- y el **art. 33** determina requisitos específicos para el mediador familiar:

Los mediadores de familia deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación.

La reforma del Código Civil ha introducido cambios que, a mi entender, instan a la posibilidad de resolver cuestiones de Familia en una instancia de mediación más que el hacerlo en sede judicial.

Es un ejemplo de lo antes dicho, el **art. 642** in fine del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que recepta el instituto de la Mediación estableciendo que: *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 Dra. Graciela Medina comenta este artículo haciendo especial referencia a la importancia de la Mediación: **“La solución arbitrada aparece como de rigurosa lógica, en tanto la institución familiar se ha organizado con un poder bicéfalo, que requiere la dilucidación del conflicto. El juez se encuentra facultado para someter las discrepancias a mediación, en el ámbito nacional esta atribución se encuentra contemplada en los arts. 16 y 17 de la ley 26.589, que establecen que el magistrado podrá derivar el expediente a mediación durante la tramitación del proceso, lo que produce la suspensión del juicio por treinta días. Ésta es una buena herramienta para lograr la solución del conflicto que tiene mayores posibilidades de producirse fuera del proceso contradictorio y con un mediador especializado.”**¹⁷

Este comentario es un ejemplo del cambio que se ha planteado en favor de lograr

¹⁷ MEDINA, Graciela. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Capítulo 2: Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental*. Bs.As.: LL, 2014.

encontrar una solución reparadora del conflicto familiar, tratando de evitar el proceso contradictorio y optando, en cambio, por la mediación que se ha instalado como la mejor alternativa para los miembros de la familia en crisis.

Así también en el ámbito internacional, en materia de mediación familiar, la Recomendación N° 98 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998, es un claro ejemplo del pensamiento innovador tendiente a la formación y promoción de métodos de resolución de conflictos que sean alternativos a los procedimientos judiciales. En ella se aconseja a los Estados miembros que instituyan y favorezcan la mediación familiar, *"considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, consagrado en los tratados internacionales, teniendo en cuenta notablemente los problemas que entraña, en materia de guarda y derecho de visitas, una separación o un divorcio" (punto 3), "especialmente sobre los niños" (punto 5), y atendida la práctica que evidencia que la mediación familiar puede "asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos" (punto 7).*

3. DOS CASOS REALES

A modo de ejemplo y con el objetivo de corroborar que los acuerdos obtenidos en mediación familiar conllevan a la obtención de una justicia reparatoria compartiré dos casos de la vida real en los que le tocó participar a mi tutora, la abogada, profesora y mediadora Ana María Bernasconi:

- Una sentencia de liquidación de sociedad conyugal: autos "XX, RICARDO c/ ZZ, SILVIA S/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL", y
- Un acuerdo obtenido en mediación privada del expediente "CAM WALTER C/ GRAF FLORENCIA S/ REGIMEN DE VISITAS Y FIJACION DE CUOTA ALIMENTARIA DEL MENOR JULIO CAM"

El primero de ellos, consiste en la interposición de demanda por el Sr. ... solicitando la liquidación de la sociedad conyugal y la consecuente partición del bien inmueble donde reside la Sra. ... con un hijo de 16 años quien manifiesta su intención de mudarse a vivir con su padre.

La Sra. ... se opone a este pedido aduciendo que existe entre ellos un acuerdo en el que se convino la indivisibilidad del inmueble hasta que el menor de los hijos adquiriera la

mayoría de edad. Este acuerdo había sido homologado al momento de divorciarse años antes.

Los jueces resolvieron no hacer lugar al pedido del Sr. ... considerando el interés superior del menor y el interés familiar comprometido en caso de venderse el inmueble. Es destacable que, tanto el menor como su entorno fueron escuchados por los jueces de primera instancia y de Cámara (el fallo de primera instancia fue apelado), quienes para arribar a su decisión analizaron además su rutina y evaluaron cómo sería su vida en uno y otro hogar.

En el caso que presento se tuvieron en cuenta algunos aspectos que se han mencionado en este trabajo de investigación y que me parece acertado mencionar:

- El **interés familiar**, citando al Dr. Mizrahi los jueces señalaron que: *“El interés familiar al que alude el ordenamiento civil no puede ser otra cosa que la suma de los diversos intereses de cada uno de los integrantes de la familia, los que en algunos casos coinciden y en otros difieren”*.
- El **conflicto familiar**: *“La existencia de un conflicto de intereses en el marco familiar obliga a que se realice una ponderación entre aquellos, para determinar así cuál es el llamado “interés digno de protección”, con el que se identificará el referido “interés familiar”*.
- La **labor de los jueces**: *la labor consiste en “realizar el balance respectivo analizando la magnitud de los intereses en juego y la vigencia de dos notas de peculiar gravitación en el derecho de familia: la prohibición del abuso de derecho y el requisito de la solidaridad, con el que se deben desenvolver las relaciones familiares”*.
- Y por último el hecho de que *“los litigantes debieran conocer mejor las necesidades del menor y saber elevarlas por sobre los propios intereses”*.

El segundo caso que traigo para analizar es un acuerdo obtenido en mediación privada sobre régimen de visitas y fijación de cuota alimentaria de un menor de 3 años de edad.

Respecto de este caso encuentro interesante resaltar que ambos padres del menor en cuestión han podido acercarse a la instancia de mediación y arribar a un acuerdo por su propia voluntad y priorizando los intereses del niño. En un corto plazo de tiempo y en condiciones pacíficas han logrado acordar y cumplir lo pactado voluntariamente sin necesidad alguna de iniciar ningún juicio.

Los acuerdos fueron firmados para regular y “cuidar” la relación familiar del menor y sus padres durante varios años logrando así los tres miembros de la familia continuar su relación familiar sin conflictos ni rispideces y comprometiéndose a volver a sentarse a la mesa de mediación en caso de surgir diferencias entre ellos.

Es importante recalcar que entre las partes del juicio de liquidación familiar tramitaron otros tres expedientes más en el mismo juzgado: ejecución de alimentos, aumento de cuota alimentaria, y tenencia, con amenaza de iniciar un cuarto litigio sobre incidente de fijación de canon locativo.

La sentencia sobre tenencia fue dictada cuando el menor ya había cumplido 18 años. El conflicto integral fue concluido finalmente con un acuerdo negociado entre las partes y sus abogados luego de cuatro años de litigio. Una vez firmado el acuerdo, debieron pasar tres años más para que se pudiera vender el inmueble ganancial y que cada uno cobrara lo suyo.

Es decir, mientras este conflicto familiar necesitó siete años para ser concluido (2008-2015), el otro, se resolvió con un acuerdo en mediación en tan sólo pocos meses.

Considero que ésta es la manera más sana de resolver los conflictos que a menudo se suscitan en el seno familiar. Aunque entiendo que no siempre es ello posible ya que se ponen en juego diferentes sentimientos y también resentimientos que pueden tornarlo dificultoso.

En ese caso, cuando llegar a un acuerdo voluntariamente y pacíficamente no sea posible, aún existe la posibilidad de hacerlo en sede judicial; claro que, a mi criterio, debiera tratarse de una sede judicial y de trabajadores judiciales que puedan receptor todos estos sentimientos y diferencias que las partes traen consigo y lograr revertirlas a partir de los encuentros, la charla y el acercamiento con las personas en conflicto.

3. CONCLUSIONES

En este trabajo, luego de hacer un análisis del instituto de la mediación, sus ventajas y específicamente de la mediación familiar y del resultado de los acuerdos obtenidos en esta instancia en términos de justicia reparativa, he corroborado la factibilidad de aplicar este concepto en aquel ámbito.

También he arribado a la conclusión de que la mediación familiar, como método alternativo de solución de problemáticas derivadas de asuntos de familia, es más efectiva que el proceso judicial en cuanto a la obtención de justicia reparativa para las partes, corroborando así la hipótesis planteada.

Sin embargo, debo hacer notar que de la investigación realizada sobre la justicia de acompañamiento que llevan a cabo los tribunales judiciales del fuero civil familiar surge claramente que la obtención de una justicia reparativa está comenzando a ser parte de los objetivos de las sentencias judiciales. Y es deseable que así sea ya que, dada la importancia de los conflictos que intentan resolver, es necesario que se conforme un nuevo modelo de justicia familiar.

La mediación, al promover relaciones igualitarias entre las partes, permite que este mecanismo ofrezca una oportunidad de equilibrar poderes, ya que mediante el diálogo se fortalece un proceso de empoderamiento de los participantes, quienes asumen en el análisis y resolución del conflicto un rol protagónico que favorece la oportunidad de discutir los problemas bajo condiciones de respeto y reconocimiento mutuo.

El verdadero sentido de la mediación, como ya he explicado en este trabajo, apunta a la búsqueda de aquellas soluciones que mejor se adapten a los intereses de las partes en conflicto a través del procedimiento de reconducir el enfrentamiento a sus justos términos, despojando al conflicto, de aquella carga emotiva que presuma un gravamen al ya de por sí delicado conflicto que se pretende remediar.

La obtención de justicia reparativa en un acuerdo arribado en mediación familiar aparece con la posibilidad de **revinculación** de los miembros de la familia en crisis. Si hay revinculación, hay pacificación del conflicto, hay restablecimiento del contacto entre miembros de una familia que presentaba “síntomas”, hay un proceso de “curación

emocional” de aquellos sufrimientos padecidos.¹⁸

De los dos casos que he presentado y analizado, la sentencia de derecho de familia y el acuerdo en mediación familiar, éste último ejemplifica la posibilidad de obtener una justicia que sea verdaderamente reparatoria, al promover un acercamiento sanador que devuelve la confianza y seguridad a los miembros de la familia, los concientiza sobre los efectos de sus actos y, principalmente, los ayuda a restablecer la paz que creían perdida. Todo ello en un corto lapso de tiempo y preservando el estado psicofísico de cada miembro de la familia.

Para concluir destaco las palabras del Dr. Cárdenas, *“la mediación es uno de los recursos de la cultura de la paz. Lo mejor que podemos hacer los abogados y los jueces es hacerlo nuestro con entusiasmo y explorar todas sus posibilidades, que son muchas”*.¹⁹

Este juez de familia ha dedicado su tiempo a redactar una carta que le entrega a todos los padres y madres que llegan al juzgado para iniciar un divorcio. En ella les explica la importancia de entender el paso que van a dar como padres de uno o más menores que se encuentran en medio del conflicto y el sufrimiento que ello implica para el niño/a.

En esta carta, el juez los invita a cooperar amistosamente en la crianza y educación de los hijos y los insta al diálogo. Además les transmite que el proceso judicial podría ser perjudicial para la familia pudiendo resultar fragmentada y llena de rencores imposibles de perdonar a posteriori.

El hecho de que una persona haya iniciado el proceso de cambio en la justicia familiar y que pueda haber más funcionarios que se sumen a lograrlo es una buena señal que nos indica que si buscamos una justicia reparatoria en sede judicial, trabajar en y por el acompañamiento de las familias en conflicto es fundamental.

Considero personalmente que cuando todo abogado y juez de familia tenga esta “cultura de la paz” por objetivo e intente a través de su rol que los miembros de la familia en crisis dejen de lado el litigio y el conflicto que los separa para tratar de lograr la paz familiar, su

¹⁸ ROZENBLUM, Sara. Ob. Cit., pág. 27 y ss.

¹⁹ CÁRDENAS, Eduardo. Ob. Cit. (13).

revinculación y “cura” es que, a mi entender, se habrá logrado obtener una verdadera justicia reparatoria a través de una sentencia judicial.

Deseo fervientemente que este sea el camino.

BIBLIOGRAFIA

BRANDONI, Florencia, *Apuntes sobre Neutralidad*. En: Revista de la Fundación Libra, Nro 6. Argentina: Fundación Libra. 1997.

BURGER, Warren, *Delivery of Justice*. Minnesota, EEUU, 1990.

CARAM, Ma. Elena; EILBAUM, Diana; RISOLÍA, Matilde, *Mediación - Diseño de una práctica*. Argentina: Editorial Histórica, 2010. 460 p. ISBN: 978-987-1206-11-7

CÁRDENAS, Eduardo. *Mediación Familiar y Justicia de Familia: Un intento de mediación entre dos contendientes*. La Ley, 28/V/1996, ISSN 0024-1636.

DE BONO, Edward, *Conflictos, una mejor manera de resolverlos*. Argentina: Planeta, 1990. 276 p. ISBN: 9789508570161

DUPUIS, Juan Carlos G., *Mediación y Conciliación*. Argentina: Abeledo Perrot, 1997. 460 p. ISBN 950-20-0997-5.

EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christi, *Mediación penal de la práctica a la teoría*. Bs.As.: Histórica Libre, 2005. ISBN: 9789871206032

FANZOLATO, Eduardo, *La mediación en la liquidación de bienes matrimoniales*. Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en homenaje a los 200 años del nacimiento de Vélez Sarsfield. Córdoba, año 2000.

GONZALEZ CANO Isabel, *La Mediación Penal en España*. En: Barona Vilar, La Mediación Penal para Adultos. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

GRISOLÍA, J. A.; BERNASCONI, A. M., *Manual de Práctica Forense*. CABA: Editorial Estudio, 2014. 688 p. ISBN 978-950-897-451-8

HAYNES, John, *Fundamentos de la mediación familiar*. España: Editorial Gaia, 1995. 264 p. ISBN: 9788488242297

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar, *Metodología de la Investigación*. Méjico: Mc Graw Hill, 1997. 497 p. ISBN 968-422-931-3.

MARSHALL, Tony. *Restorative Justice. An Overview*, Home Office. 1999.

MEDINA, Graciela. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Capítulo 2: Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental*. Bs.As.: LL, 2014.

ROZENBLUM DE HOROWITZ, Sara, *Mediación y Revinculación. Un proceso de cura para la familia*. Argentina: Lexis Nexis, 2006. 216 p. ISBN: 9875921491.

VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen, *Restoring Justice*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2010. 259 p. ISBN: 978-1422463307.

ANEXO

I) XX, RICARDO c/ ZZ, SILVIA s/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL

Buenos Aires, marzo de 2010.-

AUTOS Y VISTOS:

Los autos " XX, RICARDO c/ ZZ, SILVIA s/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL " en estado de dictar sentencia, de cuyas constancias,
RESULTA :

I.- Que a fs. 9/9 bis se presenta el Sr. Ricardo XX, por derecho propio, promoviendo demanda de liquidación de la sociedad conyugal contra su ex-cónyuge, Sra. Silvia ZZ. Refiere que de la unión habida con la demandada nacieron José, Elena y Pedro XX, siendo este último menor de edad; quién a la fecha cuenta con 16 años.-

Señala que en el año 2005 promovieron demanda de divorcio vincular en los términos del art. 214 inc. 2do del Código Civil, recayendo sentencia en los términos requeridos en fecha 22 de julio de 2005. Comenta, también, que en aquella sentencia se homologó un acuerdo en el que se resolvió la atribución del hogar conyugal a la aquí demandada hasta tanto los hijos que convivían con aquella en el inmueble referido

adquieran la mayoría de edad.-Aduce que dos de aquellos hijos han adquirido la mayoría de edad, no habiendo continuado la convivencia con la demandada, mientras que el tercero de ellos, quien continúa siendo menor de edad, le ha planteado al demandante su deseo de abandonar el hogar que habita con su madre para pasar a vivir con éste y los con los hijos mayores. En consecuencia, ocurrido el cese de aquella convivencia, requiere se proceda a la liquidación del bien que integra la sociedad conyugal.-Finalmente, señala que la realización de aquel bien permitirá la adquisición de uno nuevo para permitir la habitación del demandante con sus hijos.-

Acompaña documental y ofrece prueba.-

II) A fs. 10 bis se corre traslado de la demanda y a fs. 94/102 se presenta la Sra. Silvia ZZ contestando la demanda interpuesta en su contra por los motivos que se pasarán a exponer a continuación.-Luego de realizar una negativa pormenorizada de lo expuesto por el accionante, señala que el acuerdo homologado junto a la sentencia de divorcio vincular, donde se establecía la indivisibilidad del bien cuya liquidación se pretende, continúa vigente; ello siempre que en aquel inmueble continúa viviendo con ella el último de los hijos nacidos del matrimonio, quién es menor de edad.-Hace también referencia al deseo de su hijo en continuar habitando con ella; entre otras cuestiones relacionadas con la capacidad económica del demandado y los inconvenientes que acarrearía la venta del inmueble en cuestión.-

En consecuencia, atento a lo expuesto, y fundando sus objeciones en los arts. 211 y 1277 del Código Civil, solicita el rechazo de la demanda de liquidación de la sociedad conyugal interpuesta por el Sr. X.-X

Acompaña documental y ofrece prueba.-

III) A fs. 111 se celebra la audiencia que prescribe el art. 360 del CPCCN, en la que no se arribó a acuerdo alguno (ver fs. 120); solicitando las partes se resuelva la cuestión como de puro derecho.-Posteriormente, se celebran nuevas audiencias con fines conciliatorios (ver fs. 173) y se mantienen entrevistas con los hijos mayores de las partes y con Pedro (ver fs. 139 y 176).-Posteriormente, y atento a lo solicitado por las partes (ver fs. 120, 163, 158 y 160) se declara la cuestión como de puro derecho.-A fs. 140 y 178 dictamina la Sra. Defensora de Menores e Incapaces y a fs. 183 pasan los autos a dictar sentencia.-

y CONSIDERANDO que:

I.- El accionante requiere la "liquidación" de la sociedad conyugal, y la consecuente "partición" del bien inmueble que la integra.-Oponiéndose a aquel pedido, la demandada refiere a la existencia de un acuerdo celebrado en el marco de las actuaciones seguidas entre las partes sobre "divorcio vincular art. 214 inc. 2do" - nro.

39824/05- homologado en la sentencia dictada en aquellas actuaciones (ver fs. 18/19), mediante el cual las partes resolvieron la indivisibilidad del inmueble en cuestión hasta que el menor que lo habitaba con su progenitora adquiriera la mayoría de edad. En virtud de ello, y atento a que conforme las manifestaciones de la demandada, el hijo menor del matrimonio continúa conviviendo con ella en el inmueble en cuestión, se

opone a su realización, fundando su derecho en lo que prescriben los arts. 211 y 1277 del ordenamiento Civil.-

Previo a todo, considero necesario delimitar la norma respecto de la cual se evaluará el pedido de liquidación efectuado y la consecuente oposición formulada.-Los arts. 211 y 1277 prevén situaciones que, si bien se complementan y propenden a un mismo fin, la protección de la vivienda familiar, suponen presupuestos de hecho que resultan diferentes entre sí. Es decir, mientras que el art. 211 del Código Civil tiene la finalidad de la protección de uno de los cónyuges por los perjuicios sufridos con motivo de la quiebra matrimonial, derivados de la eventual pérdida de la vivienda que constituía el hogar conyugal; el art. 1277, reformado por ley 17.711, que se aplica aún disuelta la sociedad conyugal, consagra la protección de la vivienda familiar en virtud de encontrarse residiendo allí menores o incapaces, o bien estuviera comprometido el interés familiar (Sambrizzi, Eduardo, "Régimen de Bienes en el Matrimonio", Tomo II, La Ley, 2007, p. 468 y ss; Highton - Bueres, "Código Civil...", 2da reimpresión, Hammurabi, 2005, comentarios a los respectivos artículos; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", Hammurabi, 2004, p. 258 y 312) Dicho lo anterior, no caben dudas que el análisis que corresponde hacer en la presente es respecto de la procedencia, o no, de la oposición formulada por la demandada a la venta del bien sobre el que se litiga, en los términos del art. 1277 del Código Civil.-La norma en cuestión, prescribe, en lo que interesa, que disuelta y no liquidada la sociedad conyugal, para disponer de todo bien ganancial se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, "pues durante el período de indivisión de la masa ganancial ninguno de los cónyuges es exclusivo titular de los bienes incluidos en la misma" (Conf. Hernández, Lidia, comentario al art. 1277 en: "Código Civil...", Highton

- Bueres, Tomo 3C, 2da reimpresión, Hammurabi, 2005).- La finalidad de la norma, no es otra que la protección de la vivienda familiar, independientemente si se trata de un bien ganancial o propio, ya que lo tangencial es la existencia de hijos menores o incapaces que vivan en aquel inmueble, o bien que el interés familiar resulte comprometido de producirse la liquidación de aquel bien (Conf, Sambrizzi, Eduardo, op. cit. Pág. 467).-Por su parte, la Jurisprudencia ha señalado que el art. 1277 del Cód. Civil, aplicable aún en los supuestos en que existe disolución de la sociedad conyugal, tiende a proteger los intereses individuales no patrimoniales de los miembros de la familia, pero el juez puede autorizar la disposición del inmueble cuando ese interés no se encuentra comprometido (Conf. CNCiv. Sala A, 18/12/1986, LL 1987-C, 4; Sala C, 06/04/1982, LL, 1982-A, 1).-Es que, el hogar conyugal " cuando hay hijos menores, ostenta una importancia superior, y por ello los dos últimos párrafos del art. 1277 del Código Civil establecen limitaciones a esta libertad, indudablemente en protección del interés familiar, específicamente la vivienda de la familia; y es muy relevante, en el caso, la extensión de la protección aun después de disuelta la sociedad conyugal " (Conf. al voto de la Dra. Highton de Nolasco como vocal preopinante, CNCivil, Sala F, 7/4/2004, JA 2004-III-688).-

II.- En las presentes actuaciones, como se ha señalado ut supra , las partes firmaron un acuerdo relativo a la indivisibilidad del inmueble respecto del que se requiere la liquidación. Las situaciones fácticas que condujeron a la firma de aquel convenio no son hoy las mismas que entonces, ya que, conforme resulta de la presentación de fs. 166/170, que Pedro pasaría algunas noches en el domicilio donde habita su progenitor.-No subsistiendo los presupuestos que condujeron a la firma del convenio homologado, resulta necesario analizar si mantener la indisponibilidad del inmueble que fuere sede del hogar conyugal; solicitud que, pese a los cambios apercibidos, ha sido mantenida por su progenitora a fs. 166/170.-A fs. 139 obra acta de primer entrevista celebrada con Pedro y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces. En aquella oportunidad Pedro relató cuáles eran sus actividades cotidianas; entre algunas otras refirió que asiste a un colegio secundario del barrio de Saavedra " donde concurrió toda su escolaridad y cuenta con un importante grupo de amigos". Refirió también tener buena relación con sus padres y señaló que su deseo era mudarse junto a sus hermanos y su padre, a la casa donde aquellos conviven en el centro de esta Ciudad de Buenos Aires. En cuanto a la distancia entre ambos domicilios, adujo que en las oportunidades en que se ha quedado a dormir en el domicilio paterno se ha trasladado al colegio mediante un transporte público, por lo que no manifiesta tener inconveniente alguno con la cuestión de la distancia.-Posteriormente, se recibe nuevamente a Pedro con sus hermanos, lo que da cuenta el acta que obra a fs. 176. Si bien de aquella no resulta cuáles fueron las cuestiones puntuales sobre las que se dialogó, versaron sobre la cotidianeidad de la vida de los jóvenes. Del dictamen de la Sra. Defensora de Menores de fs. 178 se desprenden algunas de las cuestiones que fueron eje del diálogo en aquella oportunidad. Así, se especificó que la hermana de Pedro " quién según relataron organizaba la vida familiar, ya no convive con ellos. Sólo han quedado en la residencia el hermano mayor, el padre y la abuela paterna ". Señaló también la Sra. Defensora de Menores e Incapaces que en aquella casa " no existe personal doméstico (...) que entre todos se encargan de los quehaceres domésticos. Pedro, al describir su habitualidad, reconoció que almuerza todos los días en la casa de su madre y del relato pudo inferirse que allí existe mayor organización en lo que hace a lo doméstico, que ésta queda cerca de su colegio y de las casas de sus amigos. Reconfirmó que la relación con aquella es óptima así como con su padre ".- Considerando todo lo anterior, sin perjuicio de que la tenencia de Pedro es ejercida por su madre -conforme a lo acordado por las partes en las actuaciones sobre divorcio Nro. 39824/2005-, que de hecho hoy pernocta en la casa de su padre y que se haya iniciado un expediente sobre tenencia de hijo -en fecha 18 de septiembre de 2009-, corresponde merituar si, en este momento, la partición del bien inmueble en cuestión atenta, o no, contra el interés familiar.-Para ello, debo tener en cuenta varias cuestiones que exceden al lugar actual de pernocte del menor de edad. Aquellas cuestiones están relacionadas con el " interés familiar ", término recogido del art. 1277 que se encuentra en análisis, el interés superior de Pedro y, lo que no es menor, el proceso que se encuentran viviendo Pedro y sus padres, y su proyección jurídica de aquellos vínculos en los expedientes en trámite por ante este Juzgado.-(1) Al desarrollar la norma del art. 1277 del Código Civil, y puntualmente en lo relativo a la autorización judicial para la disposición del bien donde está radicado el hogar conyugal, se hace referencia a la necesidad de que el juez evalúe si el "interés familiar" se encuentra comprometido.- La existencia de un " interés familiar " que el ordenamiento jurídico sólo enuncia pero no define, obliga a repensar acerca cual es el alcance de aquel "interés". Aquella misma pregunta se la ha respondido el Dr. Mizrahi al señalar que, descartando que se pueda hablar de la familia como un sujeto de derecho o como un organismo jurídico, el interés familiar al que alude el ordenamiento civil no puede ser otra cosa que la suma de los diversos intereses de cada uno de los integrantes de la familia, los que en algunos casos coinciden y en otros difieren (Conf. Mizrahi, Mauricio, Familia, Matrimonio y Divorcio, Astrea, 1998, pág. 86 y ss).-

Ahora bien, la existencia de un conflicto de intereses en el marco familiar obliga a que se realice una ponderación entre aquellos, para determinar así cuál es el llamado "interés digno de protección", con el que se identificará el referido "interés familiar". Es decir, la labor consiste en "realizar el balance respectivo analizando la magnitud de los intereses en juego y la vigencia de dos notas de peculiar gravitación en el derecho de familia: la prohibición del abuso de derecho y el requisito de la solidaridad, con el que se deben desenvolver las relaciones familiares" (Conf. Mizrahi, Mauricio, Op.

Cit. p. 106).- (2) La determinación de aquel "interés familiar" debe analizarse en consonancia con el interés superior que asiste a Pedro (conf. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 3 Ley 26061).-La conceptualización de ese "interés superior" no es unívoca, ya que debe ser considerado y delimitado en cada caso particular. No se trata del interés desde una perspectiva meramente individual, sino que se corresponde a la finalidad social destinada a sostener al niño en cada caso de conflicto de intereses, habida cuenta de que se trata de un sujeto especial, porque por sobre todas las cosas, tal como surge de la Convención citada, los derechos que le corresponden lo son en función de su protección integral (Conf. Gil Dominguez, Herrera, Famá "Derecho Constitucional de Familia" Pág. 566 y ss .-

En definitiva, lo que aquel "interés superior" impone en esta oportunidad, es la necesidad de que se tome primordial consideración a las necesidades de Pedro, independientemente de cómo sus deseos son llevados a la práctica mediante las decisiones que adopta con anuencia de sus padres.- (3) En este estado, conforme a todo lo dicho, y en el momento puntual en que me toca decidir, estimo que la procedencia del pedido tendiente a la partición del bien inmueble de la calle RRRRRRRR no debe prosperar.-Varias son las cuestiones que llevan a adoptar esta decisión. El interés familiar y el de Pedro, entiendo están acorde con esta postura desde que no puede dejar de notarse que la casa de RRRRRRRRRR, lugar donde Pedro ha crecido y vivido, sigue constituyendo un punto de referencia y cotidianeidad para el joven; cuestión que reviste singular importancia a la hora de definir que se entiende por vivienda familiar y, entonces, si procede la protección particular que consagra el art. 1277 del Código Civil.-

Además, no pierdo de vista el hecho de la existencia de un proceso de tenencia controvertido que se encuentra en trámite y que podría definir o alterar la presente cuestión traída a resolver por las partes.-Tengo en cuenta que Pedro, a sus 16 años, ha tomado la decisión de llevar a cabo cambios en su cotidianeidad. Pero ello, no me condiciona a resolver sin más la partición del bien en cuestión cuando, como he señalado, aquella determinación no fue consensuada por sus progenitores, quienes debieran conocer mejor las necesidades de Pedro y saber elevarlas por sobre los propios intereses.- En consecuencia, el mantenimiento del estado de indivisión que han acordado las partes en las actuaciones de divorcio debe mantenerse, siempre que aquella situación resulta acorde al interés familiar que actualmente impera entre sus integrantes y sobre los intereses particulares de quienes aquí litigan.- III) Finalmente, atento a lo que resulta del acuerdo homologado en las actuaciones sobre divorcio Nro. 39.824/05, y teniendo en cuenta la ganancialidad que han reconocido las partes del único bien inmueble integrante de la sociedad conyugal, para el caso en que oportunamente no se arribe a acuerdo alguno relativo a la partición del mismo, hágase saber a las partes que deberán recurrir de acuerdo a lo que disponen las reglas de la partición hereditaria.-IV) En cuanto a las costas, sin perjuicio de cómo se resuelve, y atento a que el accionante se pudo haber creído con derecho a demandar como lo hizo, se impondrán en el orden causado (art. 68, 2do párrafo CPCCN).-

Por todas las consideraciones expuestas, normativa, jurisprudencia y doctrina citada, y habiendo sido oída la Sra. Defensora de Menores e Incapaces,

FALLO :

- I) Rechazando la acción de liquidación de la sociedad conyugal intentada.-
- II) En cuanto a las costas, se imponen en el orden causado.-

III) Regulo los honorarios de la patrocinante de la parte actora, Dra. en la suma de pesos (\$.....) y los de los Dres. Ana..... en forma conjunta y por su desempeño como letrados patrocinantes de la parte demandada en la suma de pesos..... (\$.....) (Art. 6 inc. b), c), d), f) y 12, 30, 37 y 38 de la ley de aranceles y su modificatoria, ley 24.432).-

IV) Cópiese, regístrese, notifíquese a las partes, personalmente o por cédula, y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su despacho. Firme que se encuentre, oportunamente, archívese.-

Firma: ADRIANA MONICA WAGMAISTER (JUEZ)

Fecha Firma: 26/03/2010

II) ACUERDO

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de febrero de 2014, comparecen ante la mediadora SILVIA PATRICIA MORENO, Registro N° 4334, con oficina de mediación en Tte. Gral Juan D. Perón 1669, piso 4, Of. 73, CABA, en el marco de la mediación privada del expediente “CAM WALTER C/ GRAF FLORENCIA S/ REGIMEN DE VISITAS Y FIJACION DE CUOTA ALIMENTARIA DEL MENOR JULIO CAM” , el **Sr. CAM WALTER**, DNI, con domicilio real en CABA, con el patrocinio letrado de la DRA., T F° CPACF, constituyendo domicilio en CABA, Teléfono estudio....., en adelante el requirente, y la **Sra. FLORENCIA GRAF**, DNI, con domicilio real en la calle CABA, constituyendo domicilio en la calle CABA, con el patrocinio letrado de la DRA., T: – F°: CPACF, Tel: en adelante la requerida, y suscriben el siguiente acuerdo, en virtud del procedimiento de mediación familiar, realizado entre todos conforme ley 26.589 y decreto reglamentario 1467/2011:-----

PRIMERA: El menor JULIO convive con su madre FLORENCIA en el domicilio real mencionado. Por el presente las partes acuerdan el régimen de contacto del padre WALTER con el niño y el monto de la cuota alimentaria a favor de las necesidades del menor. Dada la corta edad del niño, actualmente de 3 años, las partes reconocen que el presente convenio les servirá de *guía, orden y estructura* en los temas incluidos y asimismo que podrán modificarlo de común acuerdo – en forma verbal o escrita – en el futuro, en base a las nuevas circunstancias de vida personal y laboral de ambos, y a las nuevas necesidades de bienestar de JULIO. Para perfeccionar la fuerza legal del presente acuerdo, cualquiera de las partes puede solicitar la homologación judicial del mismo.

SEGUNDA: CONTACTO PATERNO-FILIAL. El padre retirará a JULIO de la casa materna el días martes (confirmar) a las 10.45 hs y podrá llevarlo directamente al jardín a las 13.30hs al que asiste actualmente, llamadoy sito en la calle.....Teléfono:.....a la hora del ingreso. De lo contrario, podrá regresarlo a la casa materna a las 12.45hs para que almuerce con la madre. Esta opción será conversada y decidida cada vez entre ambos progenitores de acuerdo a disponibilidades horarias de éstos, como así también al estado psicofísico del menor en cada encuentro y demás circunstancias de cada día en particular. El padre también retirará al menor de la casa materna los días sábados, a las 12hs (confirmar) y lo regresará a la misma a las 16.00hs (confirmar).-----

De acuerdo al criterio de ambos progenitores, y sus necesidades y disponibilidades personales y laborales futuras, podrán decidir la realización de otros encuentros entre el padre y el menor con antelación, pudiendo ser parte o no de un nuevo convenio escrito, si así lo desean. A fin de favorecer dicho contacto también se comprometen ambos

progenitores a fomentar la comunicación telefónica de JULIO con su padre, especialmente en los días que no están físicamente juntos.-----

TERCERA: COMUNICACIÓN ENTRE PROGENITORES. Como una manera adicional de preservar el vínculo paterno-filial, ambos progenitores acuerdan mantener entre ellos un *fluido* contacto por mail para intercambiar fotos del niño y demás comentarios prácticos sobre la vida de JULIO.-----

CUARTA: Ambos progenitores acuerdan que el padre participe activamente en la enseñanza a JULIO del idioma inglés, toda vez que el padre tiene nacionalidad inglesa y es el lenguaje de todos los familiares paternos que viven actualmente en Inglaterra. En tal sentido podrá participar del curso específico que se dictará este año en el jardín y practicar

QUINTA: A fin de integrarse aún más a la vida educativa y social del menor, el padre se compromete a participar: a) de las reuniones de padres que organice el instituto educacional al que asista el niño para tomar conocimiento de sus políticas de enseñanza, conocer a sus maestros y profesores, y especialmente seguir el desarrollo de JULIO en su educación; b) de los cumpleaños y demás reuniones sociales o deportivas de JULIO con sus compañeros y amigos. A tal fin, la madre se compromete a avisarle de las mismas con la mayor antelación posible para coordinar su asistencia.-----

SEXTA: Los progenitores convienen afrontar por partes iguales los gastos de alimentación, vestimenta, educación, esparcimiento, salud y niñera de JULIO. Dada la corta edad del menor la madre necesita disponer de tiempo para generar ingresos como diseñadora gráfica y afrontar por sí su parte de los gastos de JULIO ya que actualmente recibe mucha ayuda de sus familiares. Para ello ambos progenitores deciden contratar una niñera mínimamente 3hs. diarias y 3 días por semana. En virtud de lo anterior, el padre se compromete a seguir prestando su colaboración económica mensual ordinaria de la siguiente forma: a) abona (a la madre en efectivo/ en forma directa en la institución - el importe de matrículas y cuotas del jardín privado que oportunamente eligieron, al que actualmente asiste el menor, como así también la matrícula y cuotas de la escuela a la que en el futuro asista JULIO, elegida de común acuerdo con la madre; b) se compromete a mantenerlo en la obra social SWISS MEDICAL, plan SMG 01 u otro plan de similares beneficios; y c) abonar en efectivo la suma de \$ 8000 mediante depósito bancario en la CAJA DE AHORRO Nro: , de titularidad de la madre, del Banco Francés, del 1 al 5 de cada mes, por mes adelantado, aplicable a partir del mes de febrero/14.- Acuerdan una tasa de interés del 2% mensual para el supuesto de incumplimiento. Asimismo, a fin de evitar gastos y molestias por futuros pedidos de aumento de cuota, deciden que *la cuota en efectivo a depositar* será incrementada por año un 30%. A fin de esclarecer el cálculo, la aplicación de dicha tasa será de la siguiente forma: dentro de un año, en marzo 2015, y hasta febrero/2016 inclusive, se abonará el valor aquí acordado de \$....., con más un 30% (treinta por ciento), y a partir de marzo 2016 y hasta febrero 2017, la vigente en esa época con más un 30% y así sucesivamente. -----

SÉPTIMA: A fin de preservar el vínculo de julio con su familia paterna de Inglaterra, ambos progenitores enviarán fotos, mails y noticias de la vida del menor a estos parientes y asimismo, procurarán organizar la mayor cantidad de encuentros posibles con JULIO y mantener un contacto amistoso entre las familias materna y paterna cuando estos parientes viajen a la Argentina, tal como han venido haciendo desde el año 2013.-----

OCTAVA: Para cualquier discrepancia sobre la interpretación y cumplimiento del presente acuerdo, las partes convienen primero volver a una instancia de mediación, aún voluntaria, conforme ley 26.589, y en su caso, a la Justicia ordinaria civil de familia de la Capital Federal, con renuncia expresa a cualquier fuero o jurisdicción.-----

NOVENA: Las partes manifiestan haber acordado y tener la intención de cumplir este convenio de buena fe y preservando el superior interés de JULIO por sobre los legítimos derechos de sus progenitores.-----

Previa lectura y ratificación, en prueba de conformidad, las partes firman tres ejemplares, uno para cada parte y otro para la mediadora.-----

“La Mediación Familiar como método de obtención de justicia reparativa”

Natalia Carolina Blatter L.U. 1057189