

## **La Mediación Familiar**

El mantenimiento de una vida matrimonial en armonía muchas veces se ve afectado por una serie de síntomas que revelan debilidades o patologías en la convivencia. Cuando estos síntomas adquieren gravedad o se manifiestan en una ruptura conyugal, el Derecho debe intervenir para auxiliar o reparar los efectos negativos que puedan producir en la persona de los cónyuges o de los hijos.

Las soluciones pueden ser más o menos radicales según si producen la extinción del vínculo conyugal, o solo la suspensión de algunos de sus efectos, dejando intacto el vínculo.

En ambos casos, divorcio con disolución de vínculo o sentencia de separación conyugal, la causa que se invoque como fundamento debe ser sobreviniente al matrimonio.

Puede ocurrir además, que la patología conyugal no sea sobreviniente sino anterior o coetánea a la celebración del matrimonio, y la causa que se invoque, constituir una causal de nulidad conyugal prevista en la ley. En este caso, a diferencia del divorcio o de la separación, el matrimonio se reputa inexistente por falta de causa, es decir, sus efectos deberán retrotraerse al momento de la celebración, y los efectos del matrimonio desaparecen para los cónyuges, salvo en lo relativo a los hijos matrimoniales.

Así, mientras el divorcio y la nulidad matrimonial provocan una desvinculación radical y total sobre el vínculo jurídico, la separación, solo producirá el efecto de suspender algunos de los derechos y obligaciones de la relación conyugal, permaneciendo el vínculo inalterable, ya que los derechos suspendidos no se extinguen sino que se mantienen en suspenso.

Frente a estas soluciones que nos ofrece el legislador, y que tienen en común el ser desvinculatorias o suspensivas de los efectos para los cónyuges, existen también otras soluciones que promueven la búsqueda de soluciones al conflicto conyugal, y a la estabilidad del vínculo conyugal.

Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la reconciliación, que tiene por objeto reanudar la vida conyugal en caso de una separación judicial, si es que la causal que se invocó haya cesado, o bien tratándose de la nulidad conyugal judicialmente declarada, la celebración de un nuevo matrimonio. Además de otras soluciones jurídicas como la conciliación, la reconciliación y la revalidación.

La revalidación es un mecanismo jurídico que tiene por objeto subsanar un vicio de nulidad, antes que se dicte la sentencia de nulidad conyugal, si se ha promovido la acción de nulidad en juicio.

La conciliación, por su parte, promueve el acercamiento entre los cónyuges ha iniciativa del juez de la causa, mediante una llamada a la reflexión de parte de los involucrados en que se propone un arreglo .

La separación matrimonial, que es bastante frecuente en la práctica, también se propone como un mecanismo de solución para la crisis, mediante la suspensión transitoria de la cohabitación, ya que se estima que el alejamiento temporal de los cónyuges es una oportunidad para reflexión y enmienda de los problemas conyugales, requeridos para el reestablecimiento de la paz familiar

La función que cumple el derecho en materia de pacificación conyugal, es limitado, ya que solo actúa a través del proceso, y no puede interferir en los ámbitos de intimidad y autonomía familiar. Su rol es subsidiario y no sustitutivo. Ello queda de manifiesto, en la falta de coercitividad del derecho para imponer el cumplimiento forzado de las obligaciones conyugales de contenido moral, tales como la fidelidad y el respeto mutuo. Por lo tanto, el desafío para el derecho, es la búsqueda del restablecimiento de la paz y de la estabilidad familiar mediante estrategias no confrontacionales ni litigiosas, e incluso de preferencia extrajudiciales.

Es así como surge la instancia de la mediación, la transacción o el arbitraje. Todas ellas tienen en común, la búsqueda de una solución amistosa de mutuo acuerdo en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La Iglesia Católica, se ha manifestado explícitamente partidaria de la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos familiares, enmarcado en un plan de educación pastoral, que cumple una función de prevención de los conflictos familiares.

**La mediación emerge en el ámbito jurídico como una herramienta de pacificación social, en que impera el principio de la autonomía de la voluntad, ya que los acuerdos pactados están limitados a aquéllas materias de libre disposición de los cónyuges, de modo de no vulnerar el interes o la seguridad social, pero que abre un horizonte de posibilidades a la hora de afrontar la problemática conyugal y familiar, desde una perspectiva no rupturista ni confrontacional.**

La intervención de una tercera parte, neutral, en el desarrollo de una negociación se refiere, generalmente, a tres modos de resolución de conflictos: conciliación, mediación y arbitraje.

Conciliación y mediación hacen referencia a dos situaciones afines, pero teóricamente distintas. La conciliación define una función menos activa por parte del tercero: consiste en juntar a las partes en unas circunstancias y en un ambiente más propicio para una discusión más serena en busca de un acuerdo. La responsabilidad del conciliador se satisface, en términos generales, con facilitar las relaciones y la comunicación entre las partes.

La mediación define una función que comprende a la anterior pero que le añade una parte más activa al mediador: puede intervenir en las discusiones, hacer sugerencias y propuestas e, incluso, formular recomendaciones con vistas a un acuerdo. El mediador debe valerse de la persuasión, puede sugerir, exhortar, e incluso recomendar, pero a las partes les queda siempre el derecho de decir que "no" a uno, a la mayoría e, incluso, a todos los puntos de la negociación. El mediador es, pues, un tercero, al servicio de las partes enfrentadas, que son las únicas que pueden resolver el conflicto. Este *status* comporta, precisamente, la exigencia de neutralidad e imparcialidad del mediador y la confianza que merezca, el mediador, a las partes que intervienen en el conflicto.

En el caso del arbitraje, las partes enfrentadas se someten al juicio de una tercera persona, para resolver su caso. El árbitro goza entonces de todo el poder para formular una decisión que tiene fuerza de ley y las partes deben acatarla.

Solamente la negociación, la conciliación y la mediación, como fórmulas de resolución de conflictos matrimoniales y familiares ofrecen, para nosotros, un gran interés, toda vez que definen situaciones de conflicto cuya solución está en manos de las partes adversas y deriva de la interacción entre ellas.

No olvidemos que siempre puede resolverse, en favor de la continuidad de la convivencia conyugal, por la reconciliación de los cónyuges, gracias al buen oficio conciliador de los Pastores de la Iglesia, actuando por sí mismos, o sirviéndose de la experiencia y buen oficio de los jueces (cfr. canon 1695), o por la mediación de otras personas en las que se delegue para que con sus consejos, asistencia y orientación, consigan de los cónyuges la reconciliación deseada (canon 1446 § 2).

Por último, conviene advertir que el estudio de la conciliación, de la mediación debe llevar a plantear y analizar con rigor sus objetivos y límites, su metodología, las condiciones para su aplicación, el *status* y la profesionalización de los mediadores, los requisitos y cuantos elementos otorguen de mínimas garantías esa intervención, más allá de una difusa conciencia asentada en un voluntariado repleto de buenas intenciones que, de seguro, no va a durar eternamente.

CARMEN GLORIA BEROIZA WILLIAMSON  
DIRECTORA ESCUELA DE CIENCIAS DE LA FAMILIA  
UNIVERSIDAD FINISTERRAE

# MEDIACIÓN FAMILIAR: UNA PRACTICA Y UN ESCENARIO POSIBLE

Consuelo Ares de Giordano  
Fac. de Derecho. U. Nac. de Cuyo-

## 1. INTRODUCCIÓN

Esta presentación surge de un proyecto de investigación interdisciplinario en curso, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, en el que venimos analizando la cuestión de la legitimidad del discurso práctico legal/jurídico desde las categorías de diferencia y disenso. Nuestro interrogante gira en torno a cómo se construye la normatividad, y si es el disenso o el consenso el modo de legitimación que protege a los llamados movimientos sociales alternativos contra posibles distorsiones de los procesos de sistematización o positivización jurídica.

A partir de la consideración de que lo ético y lo jurídico son los ámbitos donde se construye la normatividad y donde se legitiman las prácticas sociales, uno de los ejes problemáticos trabajados ha sido el análisis de la propuesta de la "mediación" como solución alternativa al conflicto en el discurso judicial, y cómo se avanza de la "de-construcción" a la "co-construcción" del discurso que abre a una historia alternativa con pretensiones de organizarse institucionalmente.

En el campo de la política jurídica, nos interesa analizar los problemas prácticos vinculados con la creación de institutos jurídicos en vistas de determinados objetivos sociales. Si esos mecanismos jurídicos son instrumentos de realización de un modelo político que se procura alcanzar, cabe preguntarse qué sustento político-ideológico asegura la realización de ese modelo, cuáles son las normas que lo positivizan, y en qué marco o contexto se insertan y legitiman esas normas.

## 2. LA MEDIACION EN CONFLICTOS FAMILIARES

Estamos realizando el seguimiento del proceso de institucionalización de la mediación en conflictos familiares. En nuestra provincia se ha creado un Cuerpo de Mediadores que funciona –como instancia prejudicial- estrechamente articulado con los recientemente creados Juzgados de Familia, de acuerdo a lo establecido por la ley provincial sobre Niñez y Adolescencia, sancionada en 1995. Allí se trabaja con derivaciones de expedientes sobre tenencia, régimen de visitas y cuota alimentaria. Si bien estamos en una etapa inicial de la investigación, queremos dejar planteado nuestro punto de partida y algunos interrogantes que nos orientan en nuestra tarea.

El conflicto es propio de cualquier sistema de interacción. Es indicador de desacuerdo, señal de tensión. Carece de sentido plantear si la sociedad actual es más o menos conflictiva que antes –como han intentado algunos para justificar estos métodos alternativos-, pues no

se trata de un problema cuantitativo, sino en todo caso de la calidad o complejidad de los conflictos y la capacidad o posibilidad que tienen los afectados de solucionarlo. Una de las vías para resolverlos es la judicial, donde los procesos instituidos son predominantemente adversariales y litigiosos

Como sostiene Dworkin, el derecho es algo mucho más rico que un sistema rígido de normas jurídicas. Para ser válido, debe permitirle al individuo el ejercicio de sus libertades específicas y darle posibilidades para resolver los conflictos. Pero hasta ahora el encuadre del discurso jurídico político se ha mantenido en el esquema binario "orden-conflicto". Las normas jurídicas son aplicables de modo disyuntivo: si la norma es válida, la respuesta es aceptada o no, pero no aporta nada a la decisión. Recientemente han surgido los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos como una propuesta superadora. Implican un enfoque distinto del derecho al avanzar en la construcción de las posibles soluciones con la participación de los mismos afectados. Con ellos se desjudicializa en buena parte la gestión de conflictos entre particulares.

En el caso específico de la mediación, se acentúa la responsabilidad social al pretender que las partes acomoden sus exigencias a las posibilidades efectivas de cumplimiento, fuera de toda rigidez esquemática preconcebida. No es un sustituto del proceso judicial. Tampoco se trata de un asunto meramente operacional o procesual, sino que hay un soporte valorativo importante. Su adopción implica adscribir a un sistema más amplio de relaciones sociales solidarias y comprometidas. Subyace una concepción democrática responsable en cuanto al rol del estado en relación con los ciudadanos y de los ciudadanos entre sí.

En la mediación se apunta al consenso, que garantice la "situación ideal de diálogo" planteada por Habermas, en la que las partes tengan el máximo posible de información y de espacios de argumentación. A su vez se pone énfasis en el equilibrio de los juegos de poder, para lo cual puede apelarse aún a mecanismos de discriminación positiva que anulen supuestas desigualdades. Sirva como ejemplo los conflictos a nivel de la pareja, en los que habitualmente se da una situación de mayor vulnerabilidad de la mujer.

Finalmente, una última precisión para enmarcar nuestro abordaje: hoy ya no cabe hablar de la familia como institución universal fija y cerrada, sino que más bien responde a modelos culturales diferentes, con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado en distintos tiempos y regiones. Al interior de la misma, existe una red muy compleja de vínculos connotados emocionalmente. Allí afloran los más variados sentimientos tanto en situaciones de normalidad como de conflictividad. Si fracasa la sociedad conyugal, no debe provocar necesariamente el fracaso de la parental. En esa instancia, y a través de la mediación familiar, se buscará plasmar una nueva sociedad parental para una nueva etapa de la familia. Después de la separación o divorcio, si la pareja tiene hijos, aunque dejen de convivir, deberán compartir muchos momentos en su condición de padres. Ese futuro común da sentido a la mediación.

### 3. UN BALANCE PROVISORIO

La mediación ha recorrido un camino muy corto aún, aunque bastante rico. En el orden nacional se inició en 1995, con la sanción de la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación. En nuestra provincia, y con motivo de la sanción de la Ley 6.364 de Niñez y Adolescencia, la Suprema Corte provincial dispuso en 1998 la creación del Cuerpo de Mediadores de familia que hemos mencionado y sobre el que estamos trabajando. Es interesante advertir que, inversamente a lo que ocurrió en los países de origen, como Estados Unidos, en los que la mediación surge como práctica comunitaria y luego se institucionaliza a nivel oficial, en nuestro país se institucionaliza, en un contexto de pretendida reforma, desde el poder judicial, y luego comienza a ampliarse al ámbito comunitario y vecinal.

A la luz de las estadísticas, a nivel nacional, según información dada por el Centro de Informática Judicial de la Cámara Civil de la Capital Federal, en tres años se han realizado más de cien mil mediaciones, con distintos resultados, lo que representa haber desviado del sistema judicial –es decir se han sustraído al modo judicativo adversarial de resolución- el 20% de los litigios "mediables". En materia de conflictos familiares, de los casos mediados el acuerdo alcanza al 40%.

En la experiencia que nosotros venimos analizando, según la información brindada por ellos, durante el primer trimestre de 1999, de 1.100 casos recibidos por los mediadores de familia, se han resuelto 350 expedientes. Por otra parte, desde el Ministerio de Justicia provincial se ha implementado un Programa de mediación social y comunitaria, que prevé la creación de dieciocho centros municipales, en los que se desempeñarán ochenta mediadores. La mediación está ya instalada entre nosotros. La sociedad empieza a creer en la mediación. Es buen momento para plantearnos, entonces, ciertos interrogantes.

¿es el abogado el profesional más capacitado para la mediación?

Actualmente, la mayoría de los mediadores son abogados. También en el Cuerpo de mediadores que venimos mencionando, sólo hay una psicóloga. Quizás esto responde al encuadre predominantemente jurídico que ha tenido en nuestro país. Desde ese ámbito se ha impulsado su institucionalización como un nuevo sistema de administrar justicia. Recordemos que uno de los argumentos principales que se debatieron en ocasión del tratamiento del proyecto legislativo en el Congreso nacional fue el de "reducir el alto nivel de litigiosidad que padecen actualmente los tribunales, y la necesidad de acelerar las soluciones, con el consiguiente descongestionamiento de los juzgados", como consta en las actas de los debates parlamentarios de comisión. Cualquiera sea el modelo que se adopte, tanto para el tradicional de la Escuela de Harvard, como el Transformador de Folger o el Circular-Narrativo de Sara Cobb, se considera a los mediadores como "profesionales para la acción". Quizás habría que innovar en los modos de circulación de conocimientos y los posibles aportes disciplinares en su capacitación y no encuadrarla en el molde de las profesiones tradicionales.

Por otra parte, en el caso específico de los mediadores de familia, si bien cuentan con un equipo interdisciplinario al que derivan aquellos casos problemáticos que así lo requieran, el proceso mismo de la mediación exigiría un abordaje interdisciplinario, en el que participen junto a los abogados psicólogos, asistentes sociales, psiquiatras, etc. La familia puede –y debe- ser enfocada desde diversas perspectivas, máxime cuando a la mediación

llega la pareja en plena crisis. Aún los problemas de tenencia, alimentos y régimen de visitas no se agotan en lo judicial, en la aplicación de tal o cual norma. Son procesos multidimensionales que presuponen cuestiones legales, sociales, psicológicas, culturales, etc, y que por lo tanto requieren ese enfoque complementario.

¿mediación obligatoria o voluntaria?

La obligatoriedad establecida en la ley nacional ha originado un gran debate, y se la ha justificado acotando su duración a cinco años y con la pretensión de poder lograr así un cambio cultural ante la instalada "cultura del litigio". En el caso que nosotros venimos analizando se habla de instancia "pre-judicial", enfatizando que solamente se obliga a concurrir a la citación, pero la participación en la misma queda librada a la decisión de las partes. Pero quizás debemos advertir que no es lo mismo llegar voluntariamente a la mediación que por vía de un juzgado. Esto último condiciona o puede condicionar el resultado de la mediación. Aún dentro del mismo proceso de prestación del servicio, puede advertirse su estrecha relación con el ámbito judicial: los encuentros o sesiones se citan en los acuerdos como "sesiones"; se "notifica" a las partes en muchos casos a través de la policía, se dan por fracasadas "ante la incomparecencia de una de las partes", se solicita la "homologación" al juez, etc.

¿es posible y efectiva la mediación familiar?

Varios analistas han señalado las dificultades o riesgos que puede traer la mediación en conflictos familiares. Ya hemos advertido en ellos la intensidad de la dinámica emocional. En la experiencia que estamos analizando las partes vienen mayoritariamente en el momento de "pre-divorcio", muchas veces a días de su separación de hecho, en una situación de alta desorientación y cierta desconfianza o rigidez para negociar. El pretendido equilibrio de poder es bastante problemático. Existen ya diferencias iniciales en la pareja entre el "demandante" y el "demandado". En tal sentido, la mediación implica un proceso complejo y constructivo para transformarlos en partes, o mejor aún en protagonistas.

En cuanto al contenido de lo que es mediable, en esta experiencia intencionalmente se ha dejado de lado la disolución de la sociedad conyugal, limitándose a problemas de tenencia, alimentos y régimen de visitas. Quizás esa separación resulte artificial e incida negativamente en el difícil equilibrio de poder entre las partes. Por otra parte, se mantiene inconcientemente el modelo tradicional de familia. A pesar de que en muchos casos cada uno de los padres tienen sus nuevas parejas, éstas no son citadas a la mediación. Sigue pensándose en resolver el conflicto sin ellos, sin imaginar su rol en la futura situación acordada.

Los casos sobre tenencia se abordan dentro del marco legal. En un 98%, las parejas han acordado según la norma vigente: la tenencia de los hijos menores para la madre. La cuota alimentaria está directamente relacionada con la situación económica de la pareja, principalmente la del padre. En los acuerdos se trabaja sobre realidades concretas: precariedad laboral o desocupación, falta de cobertura social, etc., que limitan las posibilidades de brindar alimentos a los hijos. En el tratamiento de las visitas surge más claramente el tema del poder: la madre que está dispuesta o no a "dejar" que el padre vea a

sus hijos, y éste que teme que se los "quiten". En muchas ocasiones se advierte una fuerte desinformación con respecto al derecho de familia por parte de ambos, que la revierten apelando a consabidas representaciones del imaginario social. Se plantea entonces la discusión sobre si los mediadores-abogados pueden informar, sin por ello convertirse en asesores, tema en el que subsisten diversos enfoques por parte de ellos mismos.

La mediación posibilita un espacio de diálogo que quizás la pareja no había encontrado –o buscado– y que puede ser el comienzo de un replanteo de las relaciones. Tal como se ha implementado se ha puesto especial cuidado en las condiciones físicas del lugar –muy diferentes a los espacios de los anteriores "juzgados de menores" y en el "clima" que se empeña en crear el mediador de escucha y respeto mutuo.

¿cuáles son los indicadores de éxito en la mediación?

Los mediadores ponen énfasis en las sesiones en lograr pequeños acuerdos parciales, metas muy acotadas, hecho que puede ser criticable, si se está buscando la solución de conflictos tan complejos. Pero es cierto que resulta necesaria una cuota de realismo y practicidad. Por ejemplo, urge fijar la cuota alimentaria, pues los niños lo necesitan ya. A partir de un motivo empírico determinado, se trata de ayudar a descubrir los medios adecuados para esos propósitos. Son importantes aquí las reglas prácticas de la habilidad y de la sagacidad, aunque no representen los mandatos de la moralidad, según Kant. Ellas determinan las condiciones de eficiencia y suficiencia del efecto buscado, aún cuando se trate de un imperativo hipotético en tanto no universalizable. Pero son el primer paso. Quizás, como dice A Cortina, el mérito de Kant ha sido distinguir los consejos de la habilidad, los de la prudencia y los mandatos de la moralidad, y su error el de separarlos tajantemente. Pero es útil para entender que no bastan la habilidad y la prudencia para construir una ética. Sobre todo en este caso, donde en el conflicto planteado aparecen en juego los derechos e intereses de los niños. Este sí es el momento deontológico, el del deber u obligación. No se trata sólo de encontrar solución a los conflictos, sino soluciones justas para todos los afectados, porque se trata de sujetos que, aún antes de confrontar, se reconocen mutuamente como seres humanos.

¿cuál es el impacto social de la mediación familiar?

En el caso concreto que estamos analizando y dada la problemática abordada, surgen diversas dificultades para hacer el seguimiento y poder medir su impacto en la sociedad. Por un lado el estricto deber de confidencialidad en casos en que están involucrados menores. Por otro, porque por las características socioeconómicas de las partes que llegan a la mediación, en la mayoría de los casos no se cuenta con datos de residencia o teléfonos que permitan consultarlos pasado un cierto tiempo acerca del cumplimiento del acuerdo. Además, y dadas las características del conflicto y su fuerte carga emotiva, quizás lo más importante es lo que no se escribe, lo que no queda plasmado en el acuerdo, que es por otra parte el único elemento tangible que queda, más allá de las estadísticas. La verdadera transformación, el replanteo de las relaciones al interior de la familia y su reacomodamiento puede producirse, a partir de la mediación, aún en aquellos casos en que se ha dado por fracasada porque no se llegó a un acuerdo concreto. En este sentido, es interesante mencionar varios casos de parejas que, después del encuentro han resuelto iniciar el camino

de la reconciliación, tal como lo han manifestado al solicitar la detención del proceso judicial.

¿se protege de manera efectiva el interés del niño?

Se sostiene que esta mediación permite controlar mejor el cumplimiento de la protección de los derechos de los niños, limitando a la vez la intromisión del estado en el campo del llamado "orden público". ¿Quién mejor que los padres para interpretar el mejor interés del niño? Claro que en la práctica no parece darse siempre así, sobre todo cuando la conflictividad se tiñe de los intereses contrapuestos de los padres.

Según la legislación vigente, el niño tiene derecho a ser oído. ¿Cómo habla? ¿Cómo rompe el silencio? ¿Quién advierte su voz? ¿Qué respuesta suscita? No estoy pensando ingenuamente en el simple gesto externo, empírico, que se arreglaría con una citación a la audiencia, sino en su carácter originario como puro acontecer, en su constitución como sujeto de derechos. Si no se realizan acciones concretas en este sentido, si no se crean mecanismos e instrumentos que posibiliten realmente la vigencia de esos derechos, nos quedamos en meros eufemismos o en acuerdos puntuales de dudosa vigencia. Deben buscarse acuerdos dignos que tengan en cuenta a los no representados que carecerían de legitimación para ejercer una acción judicial. Esto excede sin duda el ámbito de la mediación, y aún de los tribunales de familia.

Quedan simplemente planteados estos interrogantes. Hemos iniciado un camino en el que seguramente encontraremos respuestas y también nuevas preguntas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BUSH y FOLGER. La promesa de mediación. Buenos Aires, Granica, 1996
- CARDENAS, E.J. La mediación en conflictos familiares. Buenos Aires, Lumen/Hvmanitas, 1998.
- CORTINA, A. Hasta un pueblo de demonios. Madrid, Taurus, 1998
- DWORKIN, R. Los derechos en serio. Barcelona, Guastavino, 1993.
- GROVER DUFFY, GROSCH y OLCZAK, P. La mediación y sus contextos de aplicación. Barcelona, Paidós, 1996.
- SUARES, M. Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires, Paidós, 1997.