

MEDIACION Y PROCESO DE FAMILIA

por

Enrique Machado Uriarte

Sumario

1. Introducción. 2. Fundamento de la Mediación como método de resolución de conflictos. 3. La Mediación en otras latitudes. 4. La materia de familia. 5. El proceso de familia. 6. La mediación como "alternativa" al proceso judicial. 7. La mediación en el Uruguay. 8. La mediación familiar interdisciplinaria. 9. Líneas generales sobre las que debería reposar una futura regulación. 9.1. Procedencia. 9.2. Modalidades. 9.3. Carácter voluntario. 9.4. Confidencialidad. 9.5. Imparcialidad. 9.6. Informalidad. 9.7. Asistencia Letrada Obligatoria. 9.8. Interés superior del niño y del adolescente. 10. Sustanciación del proceso de mediación. 10.1. Alcance. 10.2. Solicitud. 10.3. Entrevistas. 10.4. Eficacia de los acuerdos alcanzados. 10.4.1. Mérito ejecutivo. 10.4.2. Formas de organización. 11. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCION

Hasta hace algunos años -comienzo de la presente década- nuestro país y en especial la comunidad jurídica, no se planteaban la necesidad de buscar alternativas orgánicas al proceso judicial.

Sin embargo, existían ya entre nosotros, formas o modos de buscar la solución de controversias en variadas materias que pueden considerarse el antecedente inmediato del advenimiento de la mediación.

Aunque no constituyan formas puras de mediación, la conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo, la tentativa de conciliación intraprocesal en el proceso laboral del dec.-ley 14.188 y del proceso de revisión de precios de arrendamientos rurales (dec.-ley 14.384) y la inclusión de instituto similar en la audiencia preliminar del C.G.P. constituyen ejemplos de tendencias hacia la búsqueda de soluciones consensuadas.

Si bien es cierto que se ha asistido (especialmente después de la reforma de 1989) a un aumento en el número de Tribunales, no es menos cierto que, a pesar de los problemas que ha enfrentado la aplicación del nuevo sistema procesal, el mismo ha significado un avance respecto del régimen anterior, mejorado sensiblemente la realidad antecedente.

2. FUNDAMENTO DE LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Tradicionalmente, hemos considerado entre nosotros que la desviación de la conducta respecto de la previsión normativa, debía ser sometida a la Justicia, como única forma neutral

y definitiva de restablecer el equilibrio que el sistema normativo aspiraba a mantener y que la transgresión había quebrado.

No solo los problemas de funcionamiento del Poder Judicial, sino una razonable duda acerca de la eficacia de la imposición de la solución por un tercero, han ido cuestionando el paradigma de la sentencia como equivalente a solución del conflicto.

Como dice Mauro Cappelletti, “la civilización occidental ha glorificado la lucha por el derecho pero nosotros debemos tener la humildad de convencernos que tenemos que aprender mucho todavía de otras civilizaciones en las cuales la controversia judicial se ve como una última alternativa, mientras se aprecian las soluciones conciliadores, coexistentiales” (1).

La tendencia a considerar la conveniencia de métodos no adversariales ha tenido variados fundamentos.

La llamada crisis del sistema judicial, largamente anunciada, analizada y con no pocos esfuerzos para superar (con variada fortuna, también debe decirse) no originó en exclusividad el movimiento hacia los métodos alternativos como reacción, sino que las soluciones fueron “deslizándose” hacia ellos, por el camino de la preocupación por el acceso a la justicia, la controvertida tendencia a gravar el proceso y el planteo de la necesidad de “descongestionar” el sistema judicial (2).

Por nuestra parte nos inclinamos a pensar que se ha verificado una combinación de los problemas de funcionamiento del sistema judicial -derivados de aspectos cuestionados tradicionalmente y que no tiene relación directa con la implantación de la reforma de 1989- con el surgimiento de formas de conflicto que si bien siempre existieron, hoy día se ven agudizadas: problemas de vecindad, indeterminación de derechos y obligaciones en formas ilegítimas o irregulares de ocupación del suelo, distorsiones en el ejercicio del derecho de propiedad, violencia doméstica, formas cuasi delictivas de negociación, etc.).

3. LA MEDIACIÓN EN OTRAS LATITUDES

Una buena parte del material bibliográfico que se maneja en plaza, se refiere a la aplicación de la mediación en Estados Unidos.

Nos referimos a las menciones que sobre el uso de “pequeños juicios” (mini trials) “juicios privados”, “arbitraje privado” “oyente neutral” “decisión por experto neutral” y similares, hacen diversos autores, especialmente argentinos (Zulema D Wilde y Luisa M. Garbois; Hayton y Alvarez, N. Gorvein entre otros)

Una mirada un poco más amplia sobre la aplicación de estos procedimientos nos lleva a comprobar que desde 1975 en Inglaterra se aplica la mediación familiar y comercial, lo que ha dado lugar a la existencia de Asociaciones de Mediadores; en Francia se aplica la mediación

(1) Cappelletti Mauro: “ Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo” Ed. Porrúa México 1993. p. 101.

(2) Véase publicación de S.C.J. sobre Centros de Mediación. Montevideo 1997, propuesta del Dr. Luis A. Torello aprobada por la Corporación en 1996.

a cuestiones de familia y el desarrollo ha sido tan importante que se ha llegado a formular y aprobar un Código de Ética para Mediadores.

Por su parte en Canadá, Panamá, Venezuela, Colombia y Argentina se han dado diversas formas de implementación, con leyes especiales o inclusión del instituto en Códigos de Familia.

En Panamá, en el Libro IV Título I Capítulo II arts. 772 y ss, el Código de Familia que incluye tres estructuras procesales básicas (procesos ordinarios, sumarios y especiales) incluye el mencionado capítulo dedicado a los llamados "orientadores y conciliadores familiares".

En pocos artículos y sin demasiadas condicionantes formales, la ley panameña señala los principales cometidos del orientador familiar, cuya intervención es obligatoria y previa en casos de divorcio, investigación de paternidad, guarda y crianza y regímenes de comunicación y de visitas (sic) (art. 775).

Se ha previsto que esta intervención tenga como finalidad la solución de los problemas que se planteen, la búsqueda de soluciones, siempre que se estime del caso poder alcanzarlas, y la redacción de un informe, que en el caso de consenso, consagrará por escrito el o los acuerdos a que se arriba.

En caso de que no se llegue al acuerdo por renuencia de una parte a concurrir, se librá certificado para que la parte acuda al procedimiento que corresponda.

En Colombia, la ley N° 23 de 21.4.91 denominada de Conciliación confía la tarea, en el área que nos ocupa al Defensor de Familia y regula tanto la solicitud, como el desarrollo, las consecuencias de la no comparecencia, el llamado "mérito ejecutivo" de los acuerdos que involucren pensiones alimenticias, etc.

Se regula la existencia de Centros de Conciliación públicos o privados, la forma de capacitar a los conciliadores, la posibilidad de que los Consultorios universitarios serán Centros de Conciliación etc.

En Venezuela se estudia actualmente la legislación de un sistema similar, existiendo la disyuntiva de legislar por separado o incluir el sistema en el Código de Familia.

En Argentina, por su parte, desde 1996 rige la ley 24.573 y dec. reglamentario No. 1021/95 que con carácter general para toda materia regulan la Mediación obligatoria, habilitando el ejercicio de la profesión de Mediador solamente a Abogados, con ciertos requisitos, arancel fijo, definiendo las diversas situaciones jurídicas en que se encuentran mediador y mediados, alcance de los acuerdos, plazo del proceso y documentación del acuerdo o el fracaso del proceso en su caso.

Se han instaurado una serie de excepciones que abarcan: los juicios de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, incapacidad y de rehabilitación, la materia penal, los casos en que el Estado o sus dependencias sean parte, medidas cautelares, juicios sucesorios y voluntarios, concursos etc. (art. 2 num 3 a 8) e incluso alcanzan a los casos de divorcio y separación de cuerpos (art. 2 num 2), incluyéndose en cambio en el sistema de mediación, las cuestiones patrimoniales derivadas de matrimonio, las que se separarán del proceso y se derivarán a mediación.

Esta ley, cuyo análisis pormenorizado excede el objeto de este trabajo, instituye la mediación como obligatoria, excluyendo una serie de cuestiones que a primera vista debería ser materia natural de mediación.

Por ejemplo, lo que la ley argentina denomina cuestiones de “filiación” ya citadas, que están excluidas, conjuntamente con los problemas de separación, divorcio y nulidad de matrimonio, deberían incluir lo que entre nosotros hemos conocido tradicionalmente como problemas de guarda o tenencia, visitas y pensión alimenticia.

Para la legislación del vecino país, solamente la pensión alimenticia, de neto contenido patrimonial, es materia de mediación.

Ello ha impulsado la presentación de un proyecto de ley de Mediación Familiar, hoy a estudio del Congreso de la Nación en Argentina y que consagra la Mediación en materia de familia, con carácter interdisciplinario, voluntario e insertado en la estructura del proceso respectivo, de tal como que el equipo Interdisciplinario intervendrá durante el proceso.

Sin pretender agotar la nómina de ejemplos extranjeros cercanos, hemos tratado de dar un panorama general de diversos sistemas que demuestran a las claras la preocupación que por la búsqueda de alternativas al tradicional proceso judicial, se ha venido manifestando en otros países.

4. LA MATERIA DE FAMILIA

La familia y sus formas de organización, ha cambiado con la misma profundidad con que han cambiado el conjunto de las relaciones sociales a lo largo de la historia.

En este conflictivo siglo XX que ya toca a su fin, estas transformaciones estructurales de la familia han llegado a niveles quizás inimaginables para los legisladores de apenas cien años antes.

La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, la inserción (también llamada irrupción) de la mujer en el mercado de trabajo y el acceso que a los centros culturales y de poder ha tenido en lo que va de la centuria, han operado una revolución copernicana en la organización familiar y ello no ha sido acompañado ni por la legislación sustancial, ni la procesal y en consecuencia, el desajuste se ha manifestado en forma masiva, tanto en el aspecto global: el sistema judicial en general y en los fallos judiciales en particular.

Una de las características de las sociedades modernas consiste justamente en la frecuencia e importancia de las relaciones repetitivas o de relación de individuos o grupos de individuos, relaciones que se desenvuelven continuamente. En estas relaciones de vecindad permanentes e inevitables, la solución contenciosa de las controversias puede llevar a la exasperación de los contrastes y de las pasiones, una justicia conciliadora o coexistencial puede llevar al acercamiento.

En diversos estudios se ha señalado que la familia uruguaya ha ocupado un lugar clave en la organización social debido a las funciones que desempeña tales como el cuidado y socialización de los niños, el cuidado y la protección de los ancianos, la reproducción social, el mantenimiento económico de los miembros de la familia y otras.

Sin embargo, en los estudios no se han destacado debidamente otras funciones más propias de la familia nuclear que de la extendida como son: el apoyo psicológico y emocional de sus miembros y el hecho de que dicho grupo constituya un ámbito de “reserva” afectiva y garante en última instancia, de una evaluación interpersonal, ajena a los criterios que dominan en los otros ámbitos institucionales en que sus miembros se desenvuelven y a los que están expuestos (3).

La familia como entidad dinámica presenta una multiplicidad de aspectos difícilmente abarcables desde uno solo de los ángulos que pueden ser considerados por las diversas profesiones separadamente. La interdisciplina es algo más que la suma de las especialidades, es la combinación de ellas y por eso se la puede considerar la herramienta adecuada para abarcar y dar respuesta a la conflictiva familiar.

La realidad de la familia ha sido construida y condicionada no solo por los pequeños problemas diarios y coyunturales sino también por el gran marco de referencia que en general da origen a esos menores problemas de la vida familiar.

Dentro de las causas macrosociales que perfilan este marco encontramos la existencia de una sociedad competitiva y eficiente que usa al hombre como instrumento de su crecimiento, políticas macroeconómicas que generalmente no toman debidamente en cuenta las necesidades de los pueblos, la fuerte intervención de los medios de comunicación social casi siempre puestos al servicio de esa sociedad, la vivencia de una nueva dimensión del amor y del sexo, las dificultades de comunicación, entre tantas otras.

Entonces, al analizar la familia debemos de considerar la relación recíproca que ha operado entre los niveles macro y microsociales.

El sistema familiar uruguayo en formación, participa de muchos de los rasgos más generales de la transformación de la familia contemporánea, sin ser necesariamente idéntico.

La transformación del modelo familiar de la tradicional a un nuevo modelo, va acompañada de problemas críticos para el funcionamiento de la sociedad y de los individuos, en especial, para aquellos sectores más deprivados que no disponen de recursos alternativos, tanto materiales como intelectuales y culturales.

Esta transformación del modelo, involucra todas las áreas de relacionamiento familiar, incidiendo tanto en el relacionamiento personal (cónyuges, padres e hijos, abuelos, miembros de la “familia ensamblada”) como las patrimoniales (régimen de bienes entre cónyuges, sucesión, partición etc.).

5. EL PROCESO DE FAMILIA

Si afirmamos que la familia en tanto institución, ha cambiado profundamente, debemos afirmar que el proceso de familia no lo ha hecho o lo ha hecho apenas tímidamente.

Para un complejo de relaciones totalmente renovado en donde el matrimonio civil va perdiendo incidencia en las estadísticas de las uniones, donde la estabilidad de las parejas va cambiando de acuerdo al sector social que se considere y donde el modelo tradicional de la

(3) Sobre revoluciones ocultas La familia en el Uruguay CEPAL 1996.

mujer dedicada en exclusividad al hogar y a los hijos, ha quedado casi definitivamente superado, el proceso de familia ha conservado la forma tradicional de dirimir conflictos, sin repararse hasta el presente, que la imposición de una solución, no tiene el mismo alcance, cuando se trata de cuestiones generalmente económicas (proceso civil, comercial, laboral, aduanero etc.) que cuando se trata de resolver conflictivas que tiene que ver con aspectos espirituales.

El amor (base sobre la que debieran reposar las relaciones entre los miembros de la familia, como quiera que se lo conciba) no puede ser materia de un pronunciamiento judicial.

El proceso civil, como modelo general y hoy unificador de las estructuras procesales, a partir de la reforma de 1989, como lo había hecho antes el C.P.C. y sus fuentes, resuelven el problema del incumplimiento del mandato judicial, con alternativas económicas.

Así, todo el sistema de ejecución de sentencia reposa en último término en la transformación de la obligación, (sea de dar, hacer o no hacer) en el pago de una suma de dinero.

El proceso de familia, que está unificado al civil en sus grandes líneas, ha flexibilizado sus formas apenas en cuanto a la mutación de la pretensión, a los poderes inquisitivos del Tribunal y a la consideración del interés prevalente de los menores en cuanto a la solución a adoptar.

Pero se mantiene la sentencia como solución última y casi única para una conflictiva que no puede asimilarse, como quedó dicho a los modelos de resolución de un conflicto económico.

Aunque pueda parecer ocioso, por obvio, no debemos ni podemos incluir a los procesos constitutivos necesarios en este enfoque, ya que la sentencia, a su respecto, debe ser la única vía de certeza jurídica, habida cuenta del interés público que fundamenta su existencia.

Otros aspectos, como el de la guarda, la prestación de alimentos, y el régimen de contacto con los hijos, están confiados más a la creación jurisprudencial que a la previsión normativa, y en este campo, encontramos que las tendencias dominantes se rigen por modelos culturales ya superados, donde el hombre sigue siendo considerado el proveedor de bienes materiales y la madre de bienes espirituales, extremo que ha variado tan copernicanamente como las relaciones familiares, sociales y económicas.

6. LA MEDIACIÓN COMO “ALTERNATIVA” AL PROCESO JUDICIAL

Las inadecuaciones del proceso judicial como herramienta de solución de los conflictos que se suscitan en el seno familiar, han llevado, en otras latitudes y también entre nosotros, a considerar la necesidad (imperiosa necesidad debiera decirse) de buscar otros medios, que hoy, llevados por las tendencias que van ganando terreno entre nosotros, llamaremos “alternativas” al proceso judicial y que en el futuro debieran ser la solución de principio.

Un aporte trascendente a la transformación social de la familia y su reflejo en la sociedad será dotar a dicha institución de un sistema adecuado de canalización de la conflictiva interna que tiene una innegable proyección en la vida social de sus miembros.

Articular un proceso coexistencial para permitir la canalización de los problemas familiares, permite a quien considere necesario hacer uso de dicha estructura, buscar una solución coexistencial o consensuada para un nivel de relaciones humanas que casi siempre se ven

invadidas por el sistema judicial convencional, cuya organización se introduce inevitablemente en la esfera íntima de los integrantes de la familia, provocando no pocas veces, más desajustes que los que pretende solucionar.

No debe escapar a este análisis, que la preconizada necesidad de buscar soluciones coexistentiales o consensuadas, no es aplicable a todos los casos.

Precisamente, su condición de método voluntario, delega o transmite a las "partes" una auténtica carga, la de determinarse a sí mismos a adoptar caminos consensuales, en lugar de la imposición de la sentencia.

Existen y van a seguir existiendo niveles de relacionamiento (de mal relacionamiento, debiera decirse) que no pueden ser objeto de sometimiento a mediación.

Pero siendo la excepción, es dable proponer mecanismos de principio, en donde los sujetos de la relación conflictiva sean también artífices de la búsqueda de la solución.

7. LA MEDIACIÓN EN EL URUGUAY

En nuestro país, no existe una ley que reglamente la mediación en materia de familia ni en otras temáticas. Sin embargo, existen algunos esfuerzos a nivel público y privado para la utilización de este proceso en algunas áreas y en algunas zonas de Montevideo.

Así, la Suprema Corte de Justicia, ha creado los Centros de Mediación dentro del Poder Judicial (Acordada 7276 del 22.2.96) los cuales, mediante un Convenio con el Ministerio de Salud Pública (suscrito el 22.12.95), funcionan en lugares físicos que proporciona este último. Estos Centros se encuentran enclavados en zonas muy carenciadas de la ciudad de Montevideo y son atendidos por personal del Poder Judicial, en forma gratuita para el usuario, siendo las consultas que predominan aquellas que involucran conflictos familiares.

La Intendencia Municipal de Montevideo, a nivel del Departamento de Descentralización, División Promoción Social, mediante la suscripción de un convenio y desde octubre de 1996, está trabajando con dos equipos en el Centro Comunal N° 9. Este proyecto de Mediación Interdisciplinaria Comunitaria, abarca las áreas de conflictos de familia y vecinales, y de acuerdo a la población atendida, también es gratuito para el usuario.

A nivel privado y con referencia a la temática que nos ocupa (4) - los conflictos de familia - existen dos Centros que desde hace algunos años, practican la Mediación Familiar (C.I.E.F., Centro de Investigación y Estudios Familiares y Genos. Centro Interdisciplinario de Atención a Parejas y Familias).

Ambos Centros, han colaborado además con la difusión del tema mediante la organización de charlas, talleres, seminarios, etc.

La reglamentación de la Mediación Familiar Interdisciplinaria mediante la aprobación de una ley, puede llegar a ser el marco adecuado para que las personas, de cualquier nivel socio-económico-cultural, puedan optar por otras soluciones que no sean las de la controversia judicial.

(4) Aplicable a otras materias, funciona en el seno de la Bolsa de Comercio el Centro de Conciliación y Arbitraje, que ha realizado también cursos de capacitación para Mediadores (1997).

8. LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERDISCIPLINARIA

La complejidad de las relaciones familiares, vuelve imprescindible que su temática sea abordada por técnicos de varias disciplinas.

La experiencia oficial y privada indica que la necesidad de contar con más de un punto de vista científico para lograr una reformulación de las relaciones familiares distorsionadas o destruidas por separaciones, divorcios, divergencias económicas etc., es a esta altura indiscutible.

Estamos en el campo de la multidisciplina, esto es la acumulación de enfoques desde diversos puntos de vista, de un problema único.

Así, el Juez de Familia cuenta hoy (como lo hizo en el pasado, variando las formas institucionales y la organización administrativa) con la colaboración a título de peritos, de técnicos oficiales y aun privados que asesoran al Tribunal acerca de las connotaciones psicológicas y sociales que la conflictiva planteada tiene.

Pero la verdadera incidencia que esos informes y asesoramientos tienen en la decisión final no potencian adecuadamente lo que el trabajo efectivamente Interdisciplinario aporta a esta temática.

Así, la solución judicial, generalmente reposa en el análisis que el Tribunal realiza de los materiales acumulados en el proceso.

Sin dejar de reconocer que en algunos casos existe un verdadero seguimiento del caso por el Tribunal, la macromecánica del proceso judicial de familia como está estructurado en el presente, impide al Tribunal tomar contacto directo con el desenvolvimiento de ese núcleo familiar conflictivo que generalmente acude al Tribunal cuando la nueva realidad relacional que se ha gestado a partir del pronunciamiento judicial no funciona como estuvo pensada y aun acordada con las propias partes.

Entonces es cuando la ciencia jurídica, que es la propia del Tribunal, se ve desbordada por aspectos que pertenecen a las otras ramas del saber, que ha obrado en el caso concreto como asesoramientos para una decisión impuesta o acordada.

Es por ello que el trabajo de equipo Interdisciplinario aparece como la solución para superar estas situaciones, permitiendo que el trabajo conjunto de técnicos de diversas disciplinas (ciencia jurídica, ciencias médicas, ciencias de la conducta) vayan moldeando una solución que por referirse a relaciones repetitivas, continuas y además conflictivas, no pueden resolverse con un pronunciamiento instantáneo, carácter propio de la sentencia judicial.

9. LÍNEAS GENERALES SOBRE LAS QUE DEBERÍA REPOSAR UNA FUTURA REGULACIÓN

9.1. Procedencia

La mediación interdisciplinaria debería ser, de principio, aplicable a todo proceso de familia.

Su carácter voluntario, permite que el sometimiento del caso a mediación dependa de las partes y de su convicción de que una solución acordada sea preferible a cualquier solución impuesta.

Respecto de los llamados procesos constitutivos necesarios, es evidente que la materia de mediación debiera ser posible, siempre respetando la necesidad del pronunciamiento judicial final.

Los aspectos parciales de las situaciones de divorcio, pérdida de patria potestad y legitimación adoptiva, podrían ser sometidos a mediación, sin perjuicio del dictado de la sentencia respectiva.

9.2. Modalidades

La libertad que preside al proceso de mediación permite que la misma se sustancie antes o durante el proceso judicial.

La Mediación previa al proceso podrá pedirse por cualquier persona para ser sustanciada ante los Centros de Mediación públicos o privados.

Durante el proceso se podrá someter la causa a mediación a solicitud de las partes o de oficio, siempre que exista anuencia de ambas partes.

En este caso el Juez podrá derivar el caso a un centro público o privado.

Cuando las partes, durante el proceso, decidan someter sus diferencias a Mediación, el mismo quedará suspendido, pudiendo retornar a la vía judicial en cualquier momento y por voluntad de cualquiera de ellas.

9.3. Carácter voluntario

Este es uno de los temas básicos, claves, podríamos decir, que la reflexión y el cambio generalizado de ideas irá depurando con el tiempo.

Una solución posible será consagrar a la mediación siempre como voluntaria, bastando el arbitrio de los mediados o del Mediador, para ponerle fin.

La libertad o la obligatoriedad, siendo un tema de fundamental importancia -en cualquier nivel que se le analice o pretenda aplicársele- en el caso de la mediación adquiere ribetes propios.

En efecto, es dable observar que, por ejemplo en Argentina, donde la mediación ha sido legislada en forma general y obligatoria, está siendo severamente cuestionada por su segundo carácter.

En especial, la libertad de formas y el objetivo final de conseguir una solución consensuada, se desvanece ante la sola posibilidad de que las partes involucradas en el conflicto, deban pasar por el proceso por imperio de la norma y no por la convicción de que es un método hábil para solucionar sus disputas.

9.4. Confidencialidad

Las actuaciones desarrolladas durante la Mediación serán confidenciales, deber que alcanza a las partes, al Mediador y toda persona que deba intervenir en ella.

Este principio general, que aparentemente colide con la publicidad del sistema procesal oficial, tiene su explicación en la reserva natural que este tipo de procesos deben revestir.

No significa un descaecimiento de las garantías, desde que el control es recíproco entre mediador y mediados y sus asesores.

9.5. Imparcialidad

El Mediador deberá ser imparcial, no pudiendo apoyar la posición de los mediados.

No podrá tampoco patrocinar, asesorar o intervenir respecto de cualquiera de los mediados, en procesos judiciales sobre la misma causa, posteriores a la mediación.

La prohibición deberá cesar en el tiempo, en lapso prudencial para que las posibles implicancias que se originen en la intervención.

9.6. Informalidad

El procedimiento será libre, y la duración así como otros aspectos atinentes al desarrollo de las sesiones, podrán acordarse previamente entre las partes y el Mediador.

Podría pensarse en la conveniencia de un “modelo” legislativo, sobre el cual el Mediador, los Medrados y sus asistentes adaptarían el caso concreto.

Pero debe tenerse presente, en esta materia más que en otras, que las formas deben ser mínimas, atendiendo más a la realidad humana que se confía al Mediador, que a las garantías formales que muchas veces pueden relegar, muy negativamente aquellos intereses superiores como los del niño y los atinentes a asegurar un adecuado funcionamiento del sistema familiar.

9.7. Asistencia Letrada Obligatoria

Una de las grandes críticas anticipadas que se han oído respecto de la mediación, es que ella implica la eliminación de la asistencia letrada obligatoria.

Si bien es indudable que la asistencia técnica, el consejo profesional y el respaldo en la defensa de sus derechos es hoy por hoy incuestionablemente necesario, no es menos cierto que, en ocasiones, el tema del acceso a la justicia, el costo de los honorarios y la ética profesional, son otros tantos temas que han puesto en tela de juicio una función que es esencial al funcionamiento del sistema judicial e institucional.

Creemos que en este campo de la mediación, como en muchos otros, corresponde reivindicar el derecho de las partes a ser asistidos por Abogado y aun la necesidad de esa asistencia

Sin embargo para amalgamar esa necesidad de garantía con la flexibilidad necesaria de un proceso consensual, correspondería plantearse la posibilidad de regular la asistencia como obligatoria, difiriendo la forma de actuación al acuerdo entre las partes, los letrados y el mediador.

Desde que se postula una mediación con carácter no obligatorio, es coherente plantearse la necesidad de que la asistencia letrada, que es aquí, como en el proceso judicial, una garantía técnica para las partes, deba regular su intervención de común acuerdo entre partes y Mediador.

Quizás lo mejor sea no legislar más minuciosamente en este aspecto, ya que la práctica (que hoy existe en un nivel extremadamente reducido) no ha permitido madurar aspectos como el que se aborda.

Si nos planteáramos el problema hasta en sus últimas consecuencias, llegaríamos a soluciones ciertamente complejas, en el caso de la mediación que se postula en la Defensoría de Oficio, donde hay ciertamente una confusión de roles entre mediadores, defensores, institución, imparcialidad etc.

9.8. Interés superior del niño y del adolescente

Deberá privilegiarse el interés superior del niño y del adolescente.

Este valor, aceptado unánimemente y consagrado en legislaciones locales e internacionales significa, entre otras cosas que los niños y adolescentes, acomodando su intervención a su edad y los medios técnicos que puedan conservar la fidelidad de su voluntad, deban ser oídos.

10 Sustanciación del proceso de mediación

10.1. Alcance

La mediación por su carácter voluntario y de estructura libre, puede incluir todos los aspectos tanto personales como patrimoniales, que se deriven de un conflicto de familia, con excepción de aquellos de carácter penal.

Si bien es cierto que la mediación penal se practica en otros países como Italia (5), o los Estados Unidos, su desarrollo específico no se considera viable en nuestro país por el momento.

La ley argentina (cit. supra No. 3) establece en este aspecto una limitante que no nos parece adecuada, ya que deriva a mediación solamente los aspectos patrimoniales del conflicto familiar, cuando, precisamente, son los aspectos personales, de relación, de vínculos, de alianzas entre padres e hijos y sus posibles patologías, lo que ha vuelto inviable la imposición de soluciones por la vía de la sentencia judicial, y lo que fundamenta que la mediación aplicada a la materia de familia, cumpla un rol preventivo, cuando no terapéutico (6).

10.2. Solicitud. Documentación a suscribir

Las formas de comienzo del proceso de mediación tienen que ver con las formas (judicial o extrajudicial, previa o posterior al proceso, etc.) que pueda asumir.

Cualquier persona que tenga un conflicto familiar podrá recurrir a los Servicios de Mediación ya sea públicos o privados, mediante solicitud escrita o verbal.

Si se trata de una comparecencia voluntaria, se documentará el pedido y la forma que asuma la citación a la otra parte, si es que el pedido no se hace conjuntamente.

(5) Ponencia del World Mediation Forum Dra. C. Cerini, Madrid 1995.

(6) La mediación familiar interdisciplinaria. Daniel J. Bustelo Eliçabe Urriol. Madrid 1993 pág. 13 y ss.

Cohérente con la libertad de formas y el carácter voluntario, bastará asentar por escrito tanto la solicitud como la forma de citación.

En los sistemas que ya funcionan en el extranjero y también en nuestro país, se ha impuesto la suscripción de variados documentos, todos ellos tendientes a deslindar el papel que cada operador juega en el proceso.

Así, conjuntamente o incluso dentro de la solicitud se suscribe un compromiso de Confidencialidad por el cual el o los Mediadores se comprometen a no revelar cuanto ocurra durante el proceso de mediación y a no utilizarlo en procesos judiciales posteriores.

También es una garantía para los mediados que el o los Mediadores no puedan ser asistentes técnicos, testigos o peritos en procesos que protagonicen

Cuando la mediación tenga lugar durante el proceso, bastará con la comunicación que envíe el juzgado respectivo solicitando la intervención del Centro.

10.3. Entrevistas

El proceso de mediación constará de las entrevistas que fijen sus participantes, lo que resulta congruente con el carácter voluntario y de formas libres del proceso de mediación.

No obstante, las experiencias extranjeras y nacionales indican la conveniencia de limitar en el tiempo y en el número dichas entrevistas.

En algunas legislaciones se guarda un prudente silencio sobre el punto, dejando a la praxis la determinación natural del límite aconsejable.

Estimamos por nuestra parte, que sería conveniente pautar un número indicativo de sesiones, a fin de que operando como un aliciente a las partes para que utilicen bien su tiempo, se vean compelidas por su propio interés a llegar a un acuerdo antes de aquel límite, sin perjuicio de que por acuerdo mutuo pueda sobrepasarse la "media" indicada.

Generalmente se estima entre seis y diez el número adecuado de sesiones, siendo posible extenderse más allá cuando las características del conflicto o de la composición familiar así lo aconsejen.

10.4. Eficacia de los acuerdos alcanzados

10.4.1. Mérito ejecutivo

Cuando se arriben a acuerdos que signifiquen la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, el acta de acuerdo suscrita por las partes, sus letrados y el Mediador tendrá mérito ejecutivo.

Podrían hacerse distinciones entre los acuerdos arribados en mediación privada o pública, pero atendiendo a la legislación vigente en materia de eficacia de las obligaciones de pagar cantidad líquida y exigible documentada en forma privada (dec. ley 14.701, dec. ley 14.412 y ley 16.060) no parece inadecuado dotar de eficacia ejecutiva a los documentos suscritos en mediación privada.

Podrían plantearse otras soluciones, pero el desarrollo de las mismas, excede el propósito de este trabajo.

10.4.2 Formas de organización

Este punto como muchos otros -incluso algunos que no se tratan expresamente, como se mencionará en las colusiones - puede alentar diversidad de puntos de vista.

Sin embargo, por algunas experiencias nacionales, que se ven reflejadas en mayor o menor medida en el Derecho Comparado, es posible sostener que podrían organizar Servicios de Mediación: la Defensoría de Oficio de Familia, los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho, los Gobiernos Departamentales, directamente o por convenio con instituciones públicas o privadas y éstas últimas, respecto de las cuales cabría establecer algún nivel de control previo.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN

Siendo el tema relativamente nuevo en nuestro medio y podría decirse que novísimo en la literatura jurídica nacional contemporánea, creemos haber dado una suerte de primer paso en el abordaje del mismo.

No se nos escapa que tras su consideración, pueden activarse una o múltiples polémicas respecto de su conveniencia, posibilidad de implantación, requisitos etc.

Tampoco se nos escapa - y nos parece del todo necesario mencionarlo a texto expreso - que aspectos tan vitales y complejos como la capacitación curricular, la necesidad de creación de Post Grados o Maestrías (o ambas cosas), el costo de la Mediación, el Perfil del Mediador y su Régimen Disciplinario son otros tantos puntos que, por variadas razones hemos preferido no incluir en el presente trabajo.

De lo que estamos cada día más seguros es de que la Mediación, para nuestro medio puede ser una solución o una gran desilusión.

De nosotros, como siempre y en todos los campos, dependerá que arribemos a uno u otro puerto.

El tema ha sido planteado antes de ahora y estas líneas apenas aspiran a ser un aporte más al debate que, más temprano que tarde nos debemos, especialmente en la comunidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Cappelletti, Mauro: "Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo", Ed. Porrúa, México 1993.
- Néstor Antonio Sierra Rincón. Procesos ante los Jueces de Familia, Civiles y Promiscuos Municipales Ed. Doctrina y ley. Bogotá 1996.
- Daniel Bustelo Eliçabe Urriol. Madrid. 1996. Mediación Familiar Interdisciplinaria.
- Helena Cornelius. Shoshana Faire. Tu ganas Yo gano. Ed. Gaia Madrid 1995.
- R.A. Barruch, J.P. Folger, La promesa de mediación. Ed. Granica Barcelona. Bs. As. 1994.
- Lisa Parkinson. Separazione, divorzio e mediazione familiare. Ed. Erickson Trento 1995.
- Zulema Wilde. Luis M. Garbois. Que es la mediación. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1994.

Mario de Almeida, María Alba de Almeida, La experiencia de la mediación. Ed. Equipo Interdisciplinario de mediación, conciliación y arbitraje. Bs. As. 1996.

Mediación. Un medio alternativo de solución de conflictos. Suprema Corte de Justicia 1997.