

## **CAPÍTULO II- LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN LOS CONTEXTOS DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA, EN EL USO DE LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA JURÍDICA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

**Alejandro A. Domínguez Benavides, PhD.**

*Catedrático de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) Facultad de Derecho  
y Posgrado.*

### **Introducción**

El derecho posmoderno es, indudablemente, un sistema altamente complejo, sea que se considere al sistema jurídico de una nación, de una región, de una comunidad, o al sistema de derecho internacional que, como meta-sistema, contiene los otros como subsistemas (Grün, 1998). Una consecuencia inherente a la creación y proliferación de las relaciones Internacionales, en un mundo tan globalizado como el actual es la aparición de conflictos o controversias que plantean problemas específicos.<sup>6</sup>

Tal como señala Bolz, convenimos tener en claro que cuanto más complejo es un sistema, tanto más resulta imposible su conducción consciente. Pero esto también quiere decir que cuanto más complejo es un sistema, tanto más posible es una decisión fallida. Por ello, los sistemas sociales modernos tienen que despedirse de los modelos físicos de la organización y entrar en el aprendizaje de la biología, y la teoría del caos (Bolz, 1994, p.108).

Basados en esta premisa, debemos indicar que en los últimos años en la Argentina, al igual que a nivel mundial, hemos conocido diversos modelos de mediación, la misma que al ser puesta en práctica su complejidad, o diversidad es distinta al problema, tal como se puede utilizar un modo distinto de mediación en la resolución de conflictos del derecho de familia, como laboral, o en el ámbito de educación; por tanto, la imperiosa necesidad de abordar este enfoque del derecho, en el uso de nuevas herramientas, como la mediación y sus características de instrumento jurídico.

Slaikeu (1996) sostiene que la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero ayuda a dos o más partes a encontrar su propia solución a un conflicto con el objetivo de crear una solución en la que todos ganen.

---

<sup>6</sup>Tales como, por ejemplo, la existencia de distintos ordenamientos jurídicos implicados, la necesaria protección en los mercados de la imagen de marca, la existencia de relaciones comerciales subyacentes que deben ser mantenidas, etc.

Sin embargo, Bush y Folger (1996) llaman a su mediación, transformadora, porque busca transformar las relaciones, promoviendo la revalorización y el reconocimiento de las personas. La revalorización y el reconocimiento conforman el “crecimiento moral”. La revalorización tiene lugar cuando una persona “recupera la calma y la claridad, adquieren confianza, capacidad organizativa y poder de decisión, y, por consiguiente, obtiene o recobra cierto sentido de su fuerza como para asumir el control de la circunstancia”<sup>7</sup>.

De esta manera se puede observar las características de estos dos modelos de mediación, los cuales pueden ser aplicados en el libre ejercicio del derecho y de la vida cotidiana, sin embargo, no son los únicos modelos, tal como lo indica la mediadora estadounidense Cobb. Que el modelo de la “causalidad circular” el cual sostiene que los conflictos son productos de múltiples causas: así los conflictos se retroalimentan permanentemente. La comunicación también es entendida de forma circular, ya que posee un emisor y un receptor. Según los mediadores que trabajan con este modelo, el acento está puesto en modificar las historias personales que las partes traen a la mediación y transformarlas en una historia alternativa, facilitadora del cambio. Su meta es modificar las relaciones y obtener el acuerdo (Watslawick, 1981).

A más de quince años de la instalación de este mecanismo en la Ciudad de Buenos Aires, otras jurisdicciones están siguiendo sus pasos, sin emitir criterios personales de indicar si son favorables o no. (Brün, 2000) señala convenientemente que la sociedad entra de tiempo en tiempo en un estado caótico. Este no es un estado de anarquía sino de ultrasensibilidad - el preludio del cambio. En una condición caótica, la sociedad es sensible a cualquier pequeña fluctuación, a toda nueva idea, nuevo movimiento, nueva manera de pensar y de actuar.

Como remarca Francis Bailleau cuando las relaciones entre los individuos que componen una sociedad cesan de estar marcados por los ritmos y por la participación en valores comunes, la noción de anomía permite definir un momento característico del cambio social (Bailleau, 2012). Para Durkheim la complejización creciente de los sistemas sociales implica una individualización cada vez más marcada y consecuentemente de desregulaciones igualmente crecientes. Como me ha señalado Charles Francois, la anomía que afecta a los individuos es la resultante del derrumbe de los sistemas tradicionales de valores y se debe recordar que las normas son siempre expresión de uno o más valores vigentes en una sociedad.

---

<sup>7</sup>(idem: 135)

## 2.1 La Mediación como Herramienta pertinente en la Resolución de los Conflictos Familiares

La mediación aplicada al medio familiar sería la forma alternativa de resolver algunos de los conflictos derivados de una ruptura familiar, conflictos tales como la custodia, el pago por los alimentos de los hijos y la pensión compensatoria para el/la cónyuge (Péronet, 1989; Gale, Mowery, Herrman y Hollet, 2002 en De Armas, 2003).

La familia en su tránsito del modelo patriarcal -"de autoridad y subordinación"- al modelo actual<sup>8</sup>(Mendoza, 1998) construido en los paradigmas de "igualdad, cooperación y solidaridad" entre los miembros, requiere de herramientas adecuadas para la intervención en casos de conflictos. Esto surge evidente de los requerimientos de autodeterminación y de igualdad de derechos, de los esposos, de los padres y de sus hijos y de la necesidad de velar por el mejor interés de los niños, de las mujeres, de los ancianos y de los discapacitados, del nuevo modelo de interacción familiar<sup>9</sup>.

Bolz indica que la teoría de sistemas, el constructivismo radical y la cibernética de segundo orden posibilitan comprender a la sociedad como un sistema de nervios con decisiones descentralizadas. Los lugares de control político funcionan de acuerdo con ello como sinapsis o "relais"<sup>10</sup> (De Rosnay, 1996).

Por tales motivos se debe señalar que los problemas de tipo familiar están ligados a la unidad social. Su conflictiva encierra componentes afectivos, psicológicos, patrimoniales (Scheinquerman, 1998). Los diseños de intervención en los conflictos familiares de la Modernidad, han priorizado el orden público -regulación y judicialización- sobre la autodeterminación del sistema familiar.

La resolución violenta de los conflictos, - coherente con la decisión de Alejandro Magno ante el nudo gordiano<sup>11</sup>-, implica una respuesta contingente, de corto plazo y deriva la

---

<sup>8</sup> Y de las exposiciones surge que el fenómeno de la globalización de la cultura, apura el pasaje de una familia patriarcal, paradigma de "autoridad y subordinación" a un tipo de familia de diseño democrático, modelo de "igualdad, cooperación y solidaridad"; donde los miembros puedan lograr sus personales proyectos de vida y plena realización.

<sup>9</sup> El nuevo modelo deberá asegurar la actualización de las potencialidades de cada uno de sus miembros, igualdad de derechos, equivalencia en las responsabilidades, reconocimiento y respeto por las diferencias, orientados los cambios paradigmáticos hacia el logro del mejor interés familiar y superior interés del niño.

<sup>10</sup> Una multitud de individuos que actúan en paralelo y de forma simultánea a partir de reglas sencillas puede hacer emerger un comportamiento colectivo inteligente susceptible de resolver problemas globales que se plantean en la comunidad.

<sup>11</sup> Alejandro conociendo la leyenda del nudo de Gordio, se fue a Frigia e intentó desatar el nudo, pero no pudo lograrlo. Entonces blandió su espada y rompió el nudo de un sólo y poderoso tajo.

De esa manera la leyenda del Nudo Gordiano quedó para la posteridad como significado de una grave dificultad que pareciera no tener solución, o que únicamente se puede resolver mediante una acción drástica y valerosa, que sólo una gran persona o un grupo social decidido puede acometer exitosamente.

“disonancia” que produce, al campo excedente de la familia estallada. El sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución, dice Entelman, porque recurre a la amenaza de la fuerza o a la fuerza (coercitividad del derecho), como condición de eficacia. (Entelman, 2000)

La resolución de los conflictos en la vida social, familiar, como en la música, consiste en pasar de un acorde disonante a otro consonante, implica acciones que se hallan dirigidas a aliviar el malestar, la tensión, el des-equilibrio. Estas acciones, autos generados por el mismo sistema, o desde el exterior del mismo, legitimados políticamente en función de premisas sociales aceptadas, sobre el valor de la familia, se desenvuelven desde distintos paradigmas de resolución.

Se alzan voces propiciando la desjudicialización de la vida social, política, jurídica<sup>12</sup> en especial de la vida familiar, de la problemática de los niños, niñas y adolescentes. La intervención judicial en los conflictos familiares, preventiva -medidas cautelares- o sancionatoria de las conductas individuales -privación de la patria potestad, exclusión del hogar, etc.- muchas veces conspira con el éxito esperado por tal esfuerzo jurisdiccional.

El lenguaje adversarial del litigio, resulta no sólo contradictorio con la necesidad de reestablecer la comunicación en la unidad, sino que a veces fractura en forma definitiva las relaciones familiares. Adviértase que, en el proceso judicial tradicional, el lenguaje de la comunicación entre las partes es el del litigio, de la competencia, de la beligerancia. Estas actitudes procesales, sumadas al celo profesional de los abogados en defensa de las pretensiones de sus defendidos, pueden quebrar definitivamente las relaciones familiares.<sup>13</sup>

---

Como dice el investigador español J.A. Pérez Rioja: “Cortar el Nudo Gordiano es salir de una gran dificultad gracias a un procedimiento audaz o expeditivo”.

<sup>12</sup> Conf. Ley 9944/2011 de la Pcia. de Córdoba.

<sup>13</sup> Viene especialmente al caso, recorrer las agudas reflexiones del Asesor de menores de la Cámara Nacional Civil Sala L, Fallo 89938. CNCiv. sala L, septiembre 12-991 - B.G.M. c G.de B., M.B. -LL 1991-E el Doctor Alejandro Molina que en una causa donde se reclama la suspensión de visitas provisionales por las supuestas graves anomalías psíquicas y de conducta que evidenciaría el padre del menor. La causa al momento del dictamen se encuentra a la espera resolución desde más de ocho meses, y mientras el menor está tratando a su padre a quien quiere y defiende a través de una entrevista semanal al menos, que se concreta en forma adecuada. Se plantea el Señor Asesor en representación legal de los intereses del menor, el proceder de los abogados que patrocinan los reclamos que bien deben saber son injustificados. Destaca que conforme las características del proceso judicial donde un árbitro -juez-resolverá algún día las diferencias de dos partes.

El procedimiento se transforma en instrumento para que la violencia instalada en las familias disfuncionales, como de la que se trata, se cristalice aún más y haga interminables los planteos que sostienen las posiciones en pugna.

Todos los días se observan que legisladores y funcionarios se encuentran frente a la posibilidad de que sus decisiones, cuya intención fue establecer un mejor equilibrio social, de hecho conduzcan a salvajes e imprevisibles fluctuaciones posiblemente con consecuencias bastante nefastas<sup>14</sup>.

## **2.2 LA MEDIACIÓN JURÍDICA COMO INSTRUMENTO EN LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

La Constitución Nacional (1853), brinda reconocimiento y asegura a los habitantes de la República los derechos fundamentales de las personas entre ellos los que aseguran su desarrollo integral. Se enrola en una visión humanista, fundando en la dignidad del hombre y orientada al bienestar general. Posteriores reformas -1957- incluyen los derechos sociales: art.14 bis C.N. entre los que se encuentran, junto a los derechos del trabajador, la protección integral de la familia, y la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

La última reforma constitucional, -sancionada el 24 de agosto de 1994- incorpora con jerarquía constitucional, superior a las leyes de la nación, los tratados internacionales:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre Prevención y la sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre

---

Estima el Doctor Molina que todos los integrantes del servicio de justicia, están llamados a cumplir una función diferente en los procesos de familia especialmente donde hay menores involucrados. Y agrega, estos menores esperan un verdadero servicio que les asegure ciertos derechos básicos, entre los que cita el derecho a la comunicación y la asistencia.

Estima el Asesor de Menores, que este objetivo no se logrará nunca en la disputa dirimida por un árbitro. Entiende que sí será posible a través del cambio de ideas que concluye ante un mediador entrenador o acompañante que en definitiva es el juez de familia o de menores. Entre el procedimiento de mediación y el tradicional advierte las marcadas diferencias, el arbitraje pone punto final al conflicto, por lo menos en los papeles y se desvincula de su cumplimiento; en cambio el acuerdo concertado, aún provisional, tiene como objeto ir entrenando a los interesados para que mejoren su situación al tiempo que el juez va demostrando su compromiso personal con el resultado, en su calidad de acompañante de las personas alentando un cambio de actitud en mejor resguardo del interés de los menores y de su familia.

El Tribunal resolvió que al producirse la ruptura de la convivencia familiar se puede afectar la relación del padre con sus hijos cuando no ejerce la tenencia de ellos, por los que la mejor solución es intentar, a través del régimen de visitas, un mayor acercamiento de los menores con sus progenitores para reconstruir dentro de lo posible la relación que existía mientras vivían bajo el mismo techo y proteger los más legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Ello siempre teniendo como principal objetivo el interés de los menores que se encuentran inmersos en una situación que no provocaron ni quisieron.

<sup>14</sup>Conf. David Ruelle, cit. en Bolzop. cit., p 54

Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

En su mayoría han pasado por el movimiento renovador de los últimos diez años del siglo XX que ha dejado impreso, dentro de sus estructuras tradicionales los derechos y garantías civiles, políticos, sociales a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la seguridad, a la libertad, igualdad, justicia, al ambiente sano y a la protección de sus recursos, a la solidaridad, a la paz y la cultura nacional, a la familia, a la salud, a la educación (Ortiz, 1994).

La creación de fueros especiales para la resolución de conflictos en las familias, especialización en materia de Familia, y últimamente la inclusión de métodos no adversariales para reconducir el conflicto, son expresión de estos intentos (vgr. Ley 8858 y Ley 9031 de la Provincia de Córdoba, Ley 26589 de 2010 de la Ciudad Capital de la Republica, Ley 7454 de Provincia de San Juan, entre otras).

La utilización de métodos no adversariales de resolución en la conflictiva familiar como la mediación, permite satisfacer los intereses diferentes que se hallan en juego (Mendoza, 1998). La resolución de conflictos por medio de la Mediación, en las relaciones sociales familiares, de la sociedad compleja, es compleja.

Citando lo expuesto por Maturana que nada hacemos que no esté definido como una acción de una cierta clase, por una emoción que la hace posible "... el vivir humano se da en un continuo entrelazamiento de emociones y lenguaje, como un fluir de coordinaciones consensuales de acciones y emociones." (Maturana, 1992, p.16)

Señala Clelia Riera, científica de activa vida académica en la UNC y el Conicet, en inmunología, refiriéndose sobre el sistema inmune humano, "si el sistema inmune fueraperfecto, no seríamos mortales". Enseña que el sistema inmune humano es el más avanzado; mientras más primitivo es un ser vivo, menos tiene barreras inmunitarias. El nuestro se ha ido adaptando a los cambios pero a pesar de ellos algunas de sus 17 barreras han sido franqueadas por algunas enfermedades, incluso autoinmunes<sup>15</sup>.

La relación que vincula a la persona en conflicto con el mediador, puede -como toda instancia de comunicación social-, ser liberador o tornarse en manipulación, pérdida de la libertad y de la participación, en la toma de decisión. Decimos esto porque el mediador encarna una posición en la vinculación humana y social, susceptible de poder y la

---

<sup>15</sup>La Voz del Interior. Córdoba. 12 de mayo 2011. Entrevista.

seducción que puede ejercer el resolver, el poner en orden, educar o salvar a otro, por tanto el mediador presenta un estudio previo, en las competencias a desarrollar.<sup>16</sup>

La nueva ley 26.589 mantiene la filosofía y rasgos generales del procedimiento de mediación previa establecidos en 1995, introduciendo algunas innovaciones destinadas a mejorar el sistema, a partir de la experiencia aprehendida durante el funcionamiento del modelo original. La mediación sigue siendo obligatoria<sup>17</sup> y a cargo exclusivo de profesionales de la abogacía, con tres años de experiencia, que aprueben los requisitos de capacitación establecidos reglamentariamente, superen el examen pertinente y estén inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia<sup>18</sup>. Las restantes profesiones solo pueden intervenir en el sistema diseñado por la ley<sup>19</sup> como técnicos asistentes en la negociación.

Respecto de las controversias que son posibles de mediación, la ley incluye a la totalidad de los procesos judiciales, con las siguientes excepciones: acciones penales; acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción (12); causas en que el Estado Nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; medidas cautelares; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios; concursos preventivos y quiebras; convocatoria a asamblea de copropietarios (artículo 10 de la ley 13.512); conflictos de competencia de la justicia del trabajo<sup>20</sup>; y procesos voluntarios. En los

---

<sup>16</sup> La formación básica de mediador, implica un mínimo de horas de aprendizajes de destrezas y técnicas para el ejercicio del rol y una especialización exigua en mediación para familias.

<sup>17</sup> Es de advertir que la constitucionalidad del régimen de mediación previa obligatoria ha sido puesta en tela de juicio, llegando el dilema a ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, la que desestimó los reparos constitucionales opuestos contra la figura, señalando que: “El carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita –y en breve tiempo- la vía judicial” (CSJN, Fallos: 324:3184, “Baterías Sil-Dar” [2001]).

<sup>18</sup> Al día de hoy se encuentran inscriptos alrededor de 2.100 abogados en el Registro de Mediadores ([http:// www.jus.gob.ar/mediacion-y-resolucion-de-conflictos/ mediacion/listado-de-mediadores.aspx](http://www.jus.gob.ar/mediacion-y-resolucion-de-conflictos/mediacion/listado-de-mediadores.aspx)) [Último acceso: septiembre de 2013].

<sup>19</sup> Cabe aclarar que la existencia de un sistema de mediación previa obligatoria no obsta a que las partes voluntariamente acudan a otro mediador para que los asista en la composición del conflicto, que puede perfectamente no ser abogado. El tema es que, para dar cumplimiento al recaudo de haber acudido a la mediación antes de iniciar la demanda judicial, sólo cuenta el paso ante los mediadores previstos en el sistema de la ley 26.589 (lo mismo ocurría en el régimen de la ley 24.573). Lo que obviamente resulta un desincentivo a utilizar otros instrumentos de aproximación voluntarios, por la duplicación de costos y de tiempos que genera.

<sup>20</sup> La justicia del trabajo cuenta con un régimen de conciliación laboral obligatoria administrativa (SECLLO), diseñado por ley 24.635 (1996), cuya diferencia central respecto del sistema de mediación civil y comercial, recae en las potestades del conciliador, que tiene atribuciones para aportar fórmulas de

procesos de ejecución y desalojo, la mediación es optativa para el peticionante, sin que el requerido pueda oponerse a la estrategia decidida por aquel a este respecto.

Sin duda la mediación, como herramienta, permite la resolución de conflictos citados en el devenir de la vida cotidiana, de una manera ágil y menos desgastante en el trajín del mundo actual. En la República de Argentina, el uso de la mediación es obligatoria, tal como lo indica la ley, y su uso es ventajoso para las partes, así como también en Tribunales y el profesional del derecho. Quien se desempeña como mediador prejudicial, denota abinitio, una capacitación especializada como profesional del derecho.

Las diferencias de las necesidades del Mediador del Conurbano (con la posibilidad del justiciable de elegir la Jurisdicción de la Capital Federal) a las del Mediador del interior de la Provincia de Buenos Aires -que no tiene Juzgados Descentralizados y tiene que viajar cientos de kilómetros para poder mediar en las cabeceras de Departamento Judicial- o a las necesidades de los Mediadores de las ciudades o partidos de amplísimos territorios, donde muchos de ellos tienen sus oficinas a más distancia de la prevista para instalarlas conforme la normativa vigente.

Arribar a un acuerdo significa, para las partes, haberse dado la oportunidad de poder hablar de su conflicto, de ser escuchado y escuchar, de ser legitimado y legitimar. De haberse dado la oportunidad de buscar en conjunto una solución que fuera beneficiosa para todos los involucrados. El acuerdo logrado en mediación es para el letrado interviniente la reafirmación de su rol como consejero para su cliente.

Un acuerdo logrado en mediación es para un abogado un triunfo tan grande como una sentencia favorable, pues no solo ha logrado plasmar un beneficio para su cliente, sino que, además, lo ha logrado en un tiempo y a un costo que seguramente superará la expectativa de cualquier juicio.

---

acuerdo. El sistema entró a funcionar en septiembre de 1997 y tiene mayor supervisión que la mediación civil. Los acuerdos a los que arriban las partes ante los conciliadores (que, al igual que los mediadores civiles, trabajan en sus despachos privados) son sometidos al contralor del área legal del SECCO, en atención a los principios de orden público e irrenunciabilidad que nutren la normativa laboral.

Durante el tiempo que lleva de vigencia, la Conciliación Laboral Obligatoria, ha establecido un promedio del 36,43% de acuerdos conciliatorios: 362.593 acuerdos homologados sobre 995.314 expedientes (conf. Estadísticas), Ejecutoriedad del acuerdo instrumentado en el acta de mediación. El acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esta equiparación legal de la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación y de la sentencia ha suscitado serios reparos constitucionales

## Conclusiones

- La importancia que ejerce siempre la Educación como base para los tipos de conductas de la sociedad y esta a su vez alineada al Derecho para que en conjunto realicen un efecto de coercibilidad, ya que la primera es para evitar la segunda. El acuerdo para el mediador es un logro, porque denota que abrió un espacio de diálogo donde las partes pudieran apropiarse de su conflicto, donde se sintieran respaldadas por sus letrados, y aún más por un sistema jurídico al que sabían que podían acudir de ser necesarios, pero que, en esta oportunidad, comprendieron que ellas tenían una mejor alternativa e hicieron uso de ella.
- La concientización de las personas de la importancia de vivir en un Estado de armonía conjunta, esto no solo depende de lo que haga el Estado en conjunto con el derecho, sino más bien el accionar de cada uno de los que conformamos la sociedad. También, contribuir con la responsabilidad profesional, al desarrollo de la sociedad basada en una educación que apunta a lo establecido en las leyes y sobre todo el mundo actual.
- Los retos del siglo XXI, deben ser consolidar como una herramienta la Educación para la Paz y los derechos humanos, logrando la construcción de un mundo más justo, equitativo y plural. Por lo que, la mediación es una manera de resolver conflictos de forma práctica, donde los alumnos serán los encargados de encontrar la solución a su problema.