

## **Bolilla 0: Derecho de Familia, Mediación e Interdisciplina**

### **1. Claves del derecho en general y del derecho de familia en particular**

El derecho es el gran instrumento que los seres humanos crean y recrean para cubrir una necesidad: constituirse socialmente. No existe sociedad sin derecho. Las reglas jurídicas afirman, preservan y fortalecen la sociedad, alentando todo lo que ella necesita para subsistir y crecer y desalentando todo lo que dañaría el ente social. El derecho es el gran delineador de una frontera entre la inclusión y la marginalidad. Dependiendo de cada época y lugar, el derecho auspició, por ejemplo, el trabajo y el ahorro, la propiedad privada, la herencia, etc., porque necesitaba capitales y brazos para ocupar zonas que están en manos de la clase dirigente pero eran todavía improductivas, y excluyó a los “vagos y mal entretenidos” (así se los llamaba en el siglo XIX), a los dementes, a los pródigos, a los que delinquían, etc.

La sociedad que por razones de comodidad llamamos “premoderna” estaba organizada en base a familias (actualmente este tipo de sociedades subsisten en buena parte del mundo) que por ello eran llamadas la “célula básica de la sociedad”. Por este motivo, el derecho ponía especial cuidado en que sus normas sobre organización de las familias sirvieran a los intereses sociales. De allí el poco o nulo liberalismo de dichas prescripciones, que regulaban el matrimonio monógamo y hasta la muerte, fuente de legitimidad de los hijos que nacían de la mujer casada – que a su vez pasaban automáticamente a serlo de su marido - , y canal por el cual fluían el patrimonio familiar, el apellido, el prestigio, el status, etc., logrados por los antecesores. Los bastardos eran marginales.

La mayoría de las normas del derecho de familia eran y son de orden público, reglas fundamentales contra las cuales no se puede acordar nada en contra. No tiene validez, por ejemplo, celebrar un matrimonio que excluya el deber de fidelidad ni pactar que un padre quede liberado de la obligación de cuidar sus hijos. Estas leyes eran y son todavía las que preservan la identidad de las familias y también la de la sociedad que ellas conforman.

Existen también normas que rigen solamente si no hay un

convenio en contrario. Por ejemplo: cuando los esposos se divorcian pueden dividir los bienes en una proporción que no sea la de mitad y mitad (esto último se haría sólo si no pactaran algo diferente). A la sociedad y al resto de las familias no le importaría que sucediese esto último.

Pero a lo largo del siglo XX advienen cambios sociales de importancia. Los avances tecnológicos permiten transformaciones básicas: la familia deja de tener la importancia que tenía para la preservación y el crecimiento de la sociedad (el casamiento y la legitimidad que de él se desprendía dejan de ser importantes) y en cambio son otros los factores en que se basan la paz social, la legitimidad y la inclusión (quizás sean los grandes factores de la economía globalizada los que señalan la línea divisoria entre ciudadano consumidor y marginal). La niñez y la adolescencia dejan de ocupar el lugar periférico y de moratoria asistida que tenían para desvanecerse por innecesarias. Las viejas mitologías que aportaban fe y energía a las instituciones familiares se resquebrajan a la par y dan lugar a otras nuevas, acordes con las nuevas necesidades sociales.

Así las cosas, el derecho de familia deja las rigideces que provenían de su papel de gendarme social, se deja penetrar por el culto del “yo”, nacido en el siglo XIX como una trasgresión, y por la carta de los derechos humanos. De ahora en adelante, los hijos del matrimonio, por ejemplo, no tendrán más derechos que los nacidos fuera de él, porque la institución ya no es importante socialmente. Podrán casarse también los homosexuales y poner en juego la tradicional cláusula de atribución de paternidad basada en el matrimonio, a que ya hicimos referencia, reemplazada ahora por la de “voluntad procreacional” como forma de crear y recibir la filiación. Se diluirá la frontera entre capacidad e incapacidad, entre adultez y minoridad, etc. El ciudadano individual ocupará campos antes vedados e inclusive no vistos, haciendo uso de sus derechos, que recién ahora pudieron ser visualizados y reconocidos realmente. Se extiende el divorcio vincular, aumenta el prestigio y el bienestar de la pareja de compañeros, crecen también los conflictos intergeneracionales entre padres e hijos, etc.

Jueces y abogados y también sus colaboradores, antes de

aplicar una norma del derecho de familia, examinan si ella no vulnera el derecho constitucional y los tratados internacionales en los cuales se enuncian, en germen o ya crecidos, los derechos humanos. El derecho de familia es dejado de lado, y luego reformado, si no está de acuerdo con dichos preceptos. La familia se flexibiliza, las relaciones se hacen más sinceras y sólidas, el compromiso ya no es forzosamente de por vida.

Consecuentemente, las normas de orden público son cada vez menos. Y muchas que, según la interpretación tradicional, lo eran, ahora son interpretadas como susceptibles de acuerdo. Así sucedió, por ejemplo, con la que otorgaba el ejercicio de la patria potestad, en caso de hijos menores de padres separados, a aquél que detentaba la tenencia: hoy se permite acordar el ejercicio compartido de la “responsabilidad” paterna. Sobre otras normas, como la que prescribe como obligatoria la ganancialidad en la sociedad conyugal, hay continuos y serios proyectos de reforma para crear regímenes más elásticos y consensuados. E inclusive se piensa en interpretaciones más vitales y acordadas de cláusulas tan inamovibles en apariencia como la que sanciona al culpable de adulterio e impide acordar que los casados puedan ponerse de acuerdo para compartir con terceros su sexualidad.

Todos estos cambios traen a la vez un sentimiento de liberación, de gozo, de responsabilidad personal, etc. y otro de inseguridad, de temor y de padecimiento extremo, sobre todo cuando suceden hechos familiares que las leyes y las costumbres no condenan pero que están en contra de las creencias, tradiciones y mandatos de las personas involucradas. Las separaciones de la pareja, las diferencias graves entre padres e hijos y muchas otras cuestiones frecuentes, provocan emociones y sentimientos que pueden traducirse en conductas disfuncionales y destructivas.

De allí nace la idea de ayudar a las personas que transitan estos momentos de cambio, cada vez más frecuentes, de una forma *interdisciplinaria*. Y de introducir como una de las más importantes formas de ayuda, la *mediación familiar*. Abordaremos estos dos temas, sin antes dejar de recordar que ellos hubieran sido impensables, y hasta innecesarios, dentro del derecho de familia rígido que señalaba categóricamente legitimidad y marginalidad,

conducta apropiada y conducta culpable.

## **2. La interdisciplina**

Lo dicho en el punto anterior muestra cómo los conflictos de familia han dejado de ser prioritariamente una infracción a la ley, para pasar a ser un problema entre personas. No se percibe ya como necesario y sano para la sociedad la búsqueda y sanción del culpable: por el contrario se busca ayudar a los protagonistas a superar la crisis y desarrollar una mejor calidad de vida en el futuro.

Obviamente, eso no se logra desde lo jurídico. Aunque muchas personas ponen todavía el acento en lo legal cuando tienen un problema de familia (lo definen como un incumplimiento del otro, y tratan de obligarlo a cumplir y/o a reparar), lo cierto es que cada vez más la gente percibe la crisis como un problema interpersonal en que la ley y la sociedad tienen algo que ver, pero sus intervenciones no son las determinantes. Lo importante, piensan, es acordar una salida digna y con la menor destrucción posible, para orientarse lo más rápidamente hacia una etapa más productiva para adultos, niños y adolescentes de la familia.

Para ayudar en este sentido, lo legal tradicional sirve poco. Entonces, los abogados y los jueces trabajan con profesionales de otras disciplinas como el trabajo social, la psicología, la medicina, la antropología y la pedagogía, para ampliar su visión del caso y poder colaborar mejor con su cliente o con el justiciable. Esto, naturalmente, siempre que éste acepte la idea de una ayuda que vaya más allá de lo legal.

Hoy en día entonces, frente a cada caso, los abogados y los jueces especializados en familia y sus colaboradores, buscan la manera de que sus clientes encaren cuanto antes una etapa nueva de sus vidas, lo hacen entrenándose para trabajar con profesionales de otras disciplinas, en equipo, y estudian y discuten el modo en que quienes acuden a ellos puedan aceptar positivamente una ayuda de ese tipo.

Los operadores del derecho de familia se preguntan hoy en día y entre otras muchas cosas:

¿En qué casos estará indicada una intervención de otra

disciplina?

¿Cómo pasar de un divorcio sangriento a uno colaborativo?

¿Es bueno esto para los protagonistas, para los hijos, para la sociedad toda?

¿Cómo inducir a quienes acuden a ellos a aceptar este tipo de ayuda, sin faltar el respeto a nadie ni hacer indebidas derivaciones?

¿Cómo hacer para que el cliente no se sienta abandonado, cuando buscó a un abogado que lo “defienda” o que “ataque”, pero éste sabe los malos resultados que estas acciones tendrán?

¿Es aplicable lo expuesto a problemas entre padres e hijos todavía bajo la autoridad paterna?

### **3. La mediación familiar**

Es el instrumento más eficaz que se ha elaborado para prestar la ayuda referida en el punto anterior. Es interdisciplinaria por naturaleza, porque su eficacia se acrecienta a medida que se deja ver del problema sólo el segmento jurídico, para pasar a considerarlo holísticamente como un problema humano. A pesar de lo cual en muchos países, incluido el nuestro, la mediación familiar prejudicial obligatoria está a cargo de los abogados (actualmente en Buenos Aires los mediadores deben ser abogados pero están facultados para hacer intervenir en el proceso ayudantes de otras disciplinas). En otros países, en cambio, el mediador no tiene porqué tener un título anterior a éste.

Esto es lo correcto: el mediador no tiene porqué tener conocimientos de otras disciplinas, como el derecho o la psicología. Y si los tiene, no debe aplicarlos. Porque *su única e importantísima sabiduría y experiencia consiste en promover entrevistas en las cuales los protagonistas del conflicto cambien la visión de éste, del otro y de sí mismos, de un modo que les facilite superarlo*. El mediador no da soluciones ni veredictos, consejos ni interpretaciones; conduce un proceso desde lo adversarial a lo colaborativo para que los miembros de la familia puedan superar la crisis y emprender una vida mejor.

La mediación familiar, nacida en 1980 fundamentalmente en torno de los conflictos del divorcio, se ha ido asentando en las tres últimas décadas y ampliando su campo de acción a otro tipo de

problemas familiares, tales como el de la relación entre padres e hijos adolescentes.

Los mediadores, al igual que los abogados de familia, se preguntan permanentemente:

¿Qué tipo de problemas o de familias pueden ir a mediación con probabilidades de éxito? En un principio eran muy pocas, actualmente se trata de que vayan casi todas.

¿Pueden ir a mediación las familias en que hay conductas violentas habituales? A este respecto las respuestas son todavía contradictorias entre sí.

¿Cuándo es conveniente someter a mediación un conflicto entre padres e hijos adolescentes? ¿Cómo conducir el proceso en este caso?

¿Qué tipo de formación debería tener un mediador familiar?

¿Debería escuchar a los niños en esta etapa prejudicial? ¿Por qué y, para qué y cómo?

Mientras los mediadores se esmeran en actualizarse permanentemente para rendir un mejor servicio, los abogados de familia se preguntan ¿cómo debe ser su papel y su conducta en una mediación, cuando están patrocinando a una persona que atraviesa este proceso? y ensayan hacerlo del mejor modo posible.

### En recuadro

La ley 26.589 de Mediación y Conciliación (2010), destina unos pocos artículos a regular, de manera expresa, la mediación familiar.

Básicamente, se preocupa por señalar qué tipo de controversias patrimoniales como extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, deben ser sometidas a ella como etapa prejudicial obligatoria. Señalándose aquellas 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.