

Algunas reflexiones procesales sobre la nueva ley de mediación familiar prejudicial obligatoria en La Argentina (Ley 26.589)

Jorge L. Kielmanovich (*)

La Ley Nacional N° 26.589¹ modifica el régimen de la mediación nacional obligatoria prejudicial vigente introduciendo ya expresamente la mediación **familiar**² en nuestro medio, a la vez que modifica ciertas normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con el propósito de adecuar o ajustar este ordenamiento a dicho procedimiento.

En lo que atañe a la mediación familiar, establece el artículo 31 de la citada Ley, que ella aprehende las controversias **patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, excluidas las acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas**, para lo cual el juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.

Se encuentran comprendidas de tal suerte dentro del proceso de mediación familiar las controversias sobre

- a) **alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco**³, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil⁴;
- 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 pertinentes⁵;
- c) **régimen de visitas de menores o incapaces**, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial⁶;
- d) **administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia**;
- e) **separación personal**⁷ o **separación de bienes sin divorcio**, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil⁸;
- f) **cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio**,⁹ **separación de bienes y nulidad de matrimonio**;
- g) **daños y perjuicios** derivados de las **relaciones de familia**.

(*) Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

- 1 La Ley comenzó a aplicarse a partir de los noventa (90) días de su publicación (6.5.2010) en el Boletín Oficial (artículo 63); derogó a partir de su entrada en vigencia los artículos 1° a 31 de la Ley 24.573 y las Leyes 25.287 y 26.094 (artículo 62); y mantiene por el término establecido en el artículo 63 de la presente ley el procedimiento de mediación prejudicial obligatorio creado por la Ley 24.573 (art. 58). Cabe destacar que conforme lo dispone el artículo 43 se suspende la aplicación del régimen a los juzgados federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las secciones judiciales en donde ejerzan su competencia.
- 2 Los mediadores de familia deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, a cuyo fin el Poder Ejecutivo Nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación (art. 33).
- 3 Damos por descontado que la ley no se refiere al deber alimentario "stricto sensu" derivado del parentesco como aparece regulado en los artículos 367 y concordantes del Código Civil, sino que emplea el término en su uso vulgar, por lo que suponemos comprendidos también los alimentos derivados de la patria potestad regulados en los arts. 265, 267 y concordantes del Código Civil.
- 4 Mención innecesaria o sobreabundante, pues los "provisorios" del artículo 375 son cautelares, y las medidas cautelares están excluidas de la mediación obligatoria con sujeción a lo que dispone el art. 5, inciso f) de la Ley y la salvedad de lo que dispone el nuevo artículo 207 del Código Procesal que trataremos más adelante.
- 5 Lo dicho en la nota anterior.
- 6 Lo dicho en nota anterior.
- 7 La mención de la **separación personal** es incorrecta, pues a la luz de lo que disponen los arts. 5, inc. b) y 31, dicha causa no se encuentra sujeta a la mediación obligatoria familiar o no, sino sólo las cuestiones patrimoniales derivadas de ella.
- 8 Art. 1.294. Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales cuando mediere abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.
- 9 La norma omite la separación personal que, como es obvio, disuelve la sociedad conyugal (art. 1306, Cód. Civil).

Cabe destacar que en lo atinente al juicio de alimentos, la Ley modifica al artículo 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación disponiendo de tal suerte que la condena retrotrae sus efectos a la **fecha de interposición de la mediación**, en lugar de la fecha de interposición de la **demanda** como antes lo establecía, omitiendo empero adecuar el artículo 650 de la ley procesal en cuanto a los efectos de la sentencia que impone el **aumento de la pensión alimentaria** a igual fecha, soslayando empero en cualquier caso el hecho que, como hemos sostenido antes de ahora,¹⁰ a la luz de la **Convención sobre los Derechos del Niño** y la jerarquía constitucional con la que la misma aparece revestida, y de lo que dispone la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** aprobada por la Ley 19.865 (art. 27),¹¹ la condena **debería retrotraerse al momento en que se reclamaron extrajudicialmente y en forma fehaciente los alimentos** -claro que con la limitación temporal que establece el artículo 4.027, inciso 1 del Código Civil en lo atinente a la prescripción liberatoria, y sin perder de vista, además, la cuestión de su posible cumplimiento en especie hasta el momento de exteriorización del conflicto-, pues la **amplitud de una condena de tal naturaleza, sin duda, que puede concebirse como la solución que mejor consulta el interés superior del niño**, el que como tal no puede soslayarse -invocando la existencia de normas argentinas que decidan en sentido diverso- sin violar la Convención de Viena que precisamente impide tal invocación.

Por su parte, la citada Ley modifica al artículo 207 del Código Procesal, que establece ahora que “se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda **o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso**, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y

Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso”.

La reforma, como se ve, **sustituye la carga de presentación de la demanda en causas sujetas a la mediación prejudicial obligatoria** por la de **carga de iniciar el procedimiento de mediación dentro de los diez (10) días (hábiles) siguientes al de su traba**, la cual se impone con prescindencia de que se trate o no de obligación exigible¹², pues a partir de lo que dispone el artículo 31 de la Ley 26.589 la mediación es también exigible cuando comprende **controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial**, con las excepciones que allí se señalan, por lo que en caso de no iniciarse la misma se producirá la caducidad de la medida cautelar con la virtualidad que determina el citado artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Vale decir, **que es la sujeción o no a la mediación obligatoria prejudicial la que determinará si se debe promover la demanda o se debe iniciar en cambio la mediación obligatoria dentro del referido plazo legal**, aún en el caso que, como sucede en el ámbito del derecho de familia y en las controversias sujetas a mediación de tal naturaleza, no quepa hablar de “obligación exigible”.

Por otra parte, el plazo de 10 días (hábiles) para interponer la demanda, reiteramos en causas sujetas a mediación familiar, se reiniciará una vez vencido el

10 Nuestro Derecho Procesal de Familia, pág. 62, 3ª. Edición Abeledo Perrot.

11 Que dispone que las normas del derecho interno nacional no pueden oponerse a lo establecido en los Tratados..

12 Limitación que queda residualmente para los supuestos en que cabe la promoción de la demanda sin mediación prejudicial.

plazo de veinte (20) días (hábiles) contados desde la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o de que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas, por lo que se regula un segundo supuesto de caducidad de las medidas cautelares en estas contiendas, en y para el caso que la parte que obtuvo la medida cautelar no promueva la demanda **dentro de los 10 días** (hábiles) contados **desde el vencimiento del referido plazo de 20 días** (hábiles) de concluida ésta.

A su turno, la Ley modifica al artículo 34, inciso 1) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, disponiendo así, y en lo pertinente, que “son deberes de los jueces: 1. Asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada”, y que “en

el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán **suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido.** Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes; mientras que el nuevo artículo 360, inciso 1) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si bien mantiene en lo sustancial dicha atribución prevé un régimen diverso de reanudación del curso del procedimiento por cuanto señala que si el juez hubiese derivado a las partes a mediación “se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes” y que “vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a **pedido de cualquiera de las partes**, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria”.