

IV ENCUENTRO NACIONAL DE DOCENTES UNIVERSITARIOS CATOLICOS
(Santa Fe –Mayo 2006-)

AREA
"Persona Humana"

COMISION
"La familia. Su misión y su importancia en la estructuración de la sociedad"

TEMA
"Sobre la necesidad de atender la resolución del conflicto familiar según su verdadera naturaleza"

AUTOR:
Dr. José Ignacio Mendoza
(Prof.Asociado del Seminario de Reflexión Jurídica y Secretario Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Prof.Asociado de Teología Dogmática II y Doctrina Social de la Iglesia del Departamento de Teología y Filosofía de la Universidad Católica de Santa Fe)

SINOPSIS
Preocuparse y ocuparse por los procedimientos de intervención y resolución de las cuestiones de familia, significa ocuparse de la familia entendiéndola en su profundidad y complejidad. No puede estudiarse al conflicto familiar de un modo aislado y autónomo respecto del modo en que habrá de resolverse, porque comenzar por entender que las relaciones familiares pueden expresarse "naturalmente" a través de una "lenguaje conflictual permanente y cerrado", significa condenar y reducir a la familia a un determinismo "reactivo antagónico" que le quita el valor de ser una componencia de vínculos solidarios, pese a las diferencias. Asimismo, este entendimiento, permite aproximarse a la confirmación de una voluntad plena del sistema resolutivo del conflicto familiar abierta a comprender y trabajar en la asistencia que se brinda a los requirentes del servicio de Justicia capaz de contar con operadores que sepan discernir al conflicto como realidad eventual de lo que significa la continuidad o no de la relación en orden a valorar la preeminencia de un vínculo

*“Ius necessitas
constituit”¹*

El Derecho y las transformaciones sociales

Una de las principales exigencias que tornan “cautivante” ²al Derecho como vocación profesional, es poder estar continuamente “de cara” al proceso de transformación de sus presupuestos. Asimismo, la naturaleza y objeto de esta ciencia permite que sus operadores sean capaces de satisfacer la necesidad de ampliación de sus alcances y soluciones en todo aquello que sea motivo de regulación.

Puesto que el hombre mismo marcha en un tránsito dinámico y constante hacia la proyección de sus civilizaciones, todo lo que él realice, se expone al ritmo de esa marcha y a las grandes interrogantes que se generan en cada ciclo de su realidad transitiva.

La transitividad de esta experiencia relacional, revela la capacidad del hombre para ejercitar sus aptitudes, asumir sus responsabilidades, superar sus límites, y ordenarse a una convivencia más justa y auténtica.

La necesidad de relacionarse, propia de la condición humana y de su tendencia natural al establecimiento comunitario-social de determinan la pluridefinición de intereses y la necesidad de ordenarlos bajo valores de realización que, al mismo tiempo de permitir asegurar lo particular, no habilite el quiebre y el desconocimiento de todo aquello que responde al interés común.

Ahora bien, aquellos mismos sistemas que determinan la actualización de la relación humana como realidad, y la diversidad vinculatoria que genera, provoca el establecimiento omnicomprensivo de la fenomenología del Derecho.

Principios permanentes de realización, evolución fáctica y complejidad vinculatoria, marcan entonces los estimuladores naturales que el Derecho posee como ciencia de relaciones, de conductas y de valores.

Tal alcance, caracteriza un modo actitudinal en que se concreta la lectura de la realidad social y de sus manifestaciones, de sus incertidumbres y de sus miedos, de sus expectativas y hasta de sus mismos equívocos o contradicciones, en cuanto especifica la actividad de todo operador y agente del Derecho

Si acaso, entonces, esa “lectura”, constata la manera en que el Derecho es un reflejo de las fuerzas prevalecientes de una sociedad y un instrumento potencial de los cambios de sus dinámicas y paradigmas³.

¹ Modestino (cfr.en Digesto: Lib.1. Tit.III. Ley 40), destacaba de qué manera, “La necesidad establece derecho” -cita CABANELLAS, Guillermo (1992)-, y en definitiva nos inspiró a demostrar que, lo que “necesita la familia realmente”, determina un derecho adecuado a su atención

² Se ha entendido que la expresión “cautivante” es apropiada para describir esta relación Derecho-operador del Derecho, puesto que la asunción profesional como un “modo de vida” (por sobre “un medio de vida”), “atrapa” con un alcance de “retención” que no contradice la voluntad de quien es “absorbido” por la ciencia, sino por una “impregnación” que fascina dada sus características y los alcances de lo que posibilita “hacer” en la sociedad bajo su ejercicio.

³ En este sentido se expresan ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena y JASSAN, Elías (1996; pag.1).

La adecuación del sistema de intervención y su vocación sustantiva: orden de atención (el sistema para la familia y no la familia para el sistema)

Preocuparse y ocuparse por los procedimientos de intervención y resolución de las cuestiones de familia, significa ocuparse de la familia entendiéndola en su profundidad y complejidad.

El conflicto familiar aparece identificado inicialmente a un reclamante⁴, pero toda su sustantividad tiene una variada diversidad de proponentes y co-protagonistas que no pueden ser “prescindidos” a la hora de resolver el problema mismo.

Por lo demás, y si acaso una característica que torna más complicado el abordaje del conflicto familiar, tiene que ver con la forma en que la relación de familia es una relación de vínculos sostenidos de emociones encontradas. El “desencuentro” de la emociones y del sistema de “confianza unitivo-vincular”, condiciona una “violencia” de los disputantes de supera toda posibilidad estrictamente jurídica de previsión.

Es importante recordar como, por ejemplo, *“...los conflictos familiares llegan a los tribunales pero mínimamente tienen contenido jurídico. El deber de amar es incoercible. No existe potestad humana que en razón del imperium, pueda encauzar las relaciones interpersonales matrimoniales, si los implicados no están dispuestos a hacerlo...”*⁵

No puede escindirse el modo de resolver (proceso), con la naturaleza misma del “thema” (tema) objeto de resolución. La inversión de ordenes de diagramación del sistema de intervención, lo torna “perverso” y contrario a su naturaleza que lo sostiene como un medio que permite la solución del problema, no que los genera o profundiza.

Hablamos de mejorar el sistema, de superar sus incertidumbres e imposibilidades. Esta presentación, no quiere limitar el concepto de mejoramiento al que se limita a recalificar recursos materiales y humanos en la estructura vigente, sino referirlo a lo que significa ampliar oportunidades, generar nuevos abordajes (siempre DENTRO del sistema judicial) y garantizar -se insiste- el acceso de todos

Es importante remarcar esta última precisión, puesto que toda reforma del sistema debe ser ordenada, que es lo mismo que reclamar una “sistematización esencialmente jurídico-judicial” de la transformación del sistema de intervención en los conflictos de familia⁶. Esta -como se verá en su oportunidad- es la principal tacha que efectúan quienes “temen” y “critican despiadadamente” los intentos de ampliación de los sistemas resolutivos alternativos. Tales observadores,

⁴ Es decir, esto tiene que ver con la forma en que “llega” al abogado un planteamiento conflictual. Volveremos sobre este aspecto específico de las exigencias “profesionales” para un abordaje del “caso de familia” en la Segunda Parte.

⁵ ZANNONI, Eduardo (1989; pag.11). Sin perjuicio de que la referencia esté inmediatamente asociada a un tipo de conflicto familiar (matrimonial), la cuestión “emocional” y “supra jurídica” queda presente en todas las tipologías antagónicas vinculares comprendidas dentro del Derecho de Familia; aún en las que se adjudican a ella sin tener una naturaleza propiamente “familiar” (vgr. procesos de insania e interdicción).

⁶ Así lo reclaman propulsores confesos de un sistema para la reforma judicial DENTRO de la certidumbre del Ordenamiento Jurídico. Por ejemplo, queda en evidencia en las afirmaciones idénticas que realizan ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena y JASSAN, Elías (op.cit.) decidida y enfáticamente se comparte el criterio de efectuar la transformación de esta manera, sin “dejarla librada” a prácticas “ambiguas” o a valoraciones de oportunidad, conveniencia y valores de fundamentación propuestos y discernidos por quienes no son profesionales del Derecho. El conflicto es familiar, y subsiste la “juricidad” de las relaciones emergentes -aún- en antagonía.

adjudican un “intento privatizador” de la actividad de protección y la “despreocupación” del estado en una de sus funciones vitales

Pensemos si muchas veces diseñamos las estructuras y los procedimientos de ejecución de las realizaciones que en ellas se manifiestan, adecuándolas realmente a las características de los fines que perseguimos con su institucionalización.

Esto es lo mismo que permitirse comprobar la legitimidad⁷ del sistema y la manera en que se cumple la finalidad del ordenamiento jurídico en la materia del Derecho de Familia.

Con esto dicho, debe evitarse confundir los conceptos “legitimidad-cumplimiento fin”, con la concepción “legitimidad-efectividad casuística”, propio de algunas líneas de interpretación filosóficas del realismo⁸, puesto que el concepto de efectividad de esta corriente es casuístico y prescinde de la objetividad de valores concurrentes.

El sistema de garantías debe mirar a la naturaleza de la realidad familiar y no a las posibilidades/imposibilidades de las estructuras del Estado

El Estado es una realización del Derecho y es el instrumento material que, mediante sus órganos, formaliza el ordenamiento jurídico, receptando los valores sociales, condenando los disvalores, y plasmando el entendimiento de “lo debido” en el precepto de conducta.

La efectivización de este circuito se materializa en el establecimiento de sistemas institucionales, dentro del mismo ordenamiento jurídico⁹, que viene a responder al interrogante de cómo y cuándo se tornan operativas las habilitaciones dispositivas de la norma jurídica.

Muchas veces comprobamos que las estructuras vigentes que el Estado ha generado, y dotado de capacidad para intervenir en la realidad familiar, sufre de indigencias e insuficiencias para cumplir su función, al punto de que resulta escandaloso su mantenimiento en la medida de comprobar que, tanto “no pueden hacer”, que contradice su existencia y sentido mismo.

Evitar el reduccionismo. Superar la creencia de que las posibilidades de hacer y contener con los grupos familiares en crisis y frente a la judicialización de sus conflictos, dependen de los flujos presupuestarios y de las habilitaciones y términos administrativos de la burocracia estatal en todas sus manifestaciones.

Es importante convocar a la comunidad toda a un esfuerzo por tornar efectivo el sistema de garantías. Actualmente, el Estado debe desprenderse del acantonamiento estratificador de su institucionalización, y demostrar que su generación es dinámica y suficientemente capaz de incorporar y revisar alternativas novedosas para que sus fines y misiones alcancen a todos los ciudadanos; con mas detenimiento en quienes aparecen en una situación de debilidad, o que están condicionados por una estructura de indigencia y marginalidad.

Eso si, siempre dentro de la certeza del orden jurídico, del conocimiento real de la existencia de esas posibilidades, de la ejercitación de una

⁷ El concepto de “legitimidad”, se asocia al de “adecuación” sistema-realidad tratada. Pero también, aparece el concepto de aceptación social del mismo sistema, en tanto existe la percepción de la sociedad regida por tal régimen de intervención, de que cuenta con el resguardo activo de un espacio que le permita solucionar sus problemas.

⁸ ROSS, Alf (1997; pag.55-104)

⁹ Operativo mediante la asignación de misiones, funciones y límites, constitucionalmente previstos.

reeducación social para permitirle a la gente asociarse a la conservación de su misma convivencia e intereses.

En definitiva, queda establecido un debate profundo acerca de la misión del Estado y de sus sistemas de intervención en la problemática familiar. Debate éste, que, por sobre toda tendencia y concepción esencialmente técnica que se practique, no puede olvidar que el rol que lo hace inmediatamente operativo asociado a la vida familiar, debe procurar coadyuvarla subsidiariamente a gestionar la vida vincular.

Por cierto, queda confirmada -bajo este deber- la acción interpretativa del Derecho y de la Justicia sobre las realidades familiares¹⁰.

Aportes de una comprensión de la naturaleza del conflicto familiar al sistema resolutivo

La oportunidad conflictual se ofrece como un acontecimiento u ocasión propiciatoria para la obtención de un beneficio por sobre las características accesorias de las circunstancias bajo las que se presenta.

Para el aprovechamiento positivo de la experiencia, se necesita un agudo discernimiento del caso, en la medida en que, si bien puede existir identidad de hechos conflictuales, subsisten derivaciones particulares en cada uno que diferencian las connotaciones y motivaciones que lo condicionan como tal, e incluso, que condiciona la efectividad de toda solución aplicable al mismo.

No puede estudiarse al conflicto familiar de un modo aislado y autónomo respecto del modo en que habrá de resolverse, porque comenzar por entender que las relaciones familiares pueden expresarse “naturalmente” a través de una “lenguaje conflictual permanente y cerrado”, significa condenar y reducir a la familia a un determinismo “reactivo antagónico” que le quita el valor de ser una componencia de vínculos solidarios, pese a las diferencias

Asimismo, este entendimiento, permite aproximarse a la confirmación de una voluntad plena del sistema resolutivo del conflicto familiar abierta a comprender y trabajar en la asistencia que se brinda a los requirentes del servicio de Justicia capaz de contar con operadores que sepan discernir al conflicto como realidad eventual de lo que significa la continuidad o no de la relación en orden a valorar la preeminencia de un vínculo¹¹

En el mundo jurídico, conflicto y resolución son dinámicas concurrentes. La asignación de derechos como facultades cualitativamente otorgadas a determinados miembros de la relación, y la legitimación para ejercer la exigibilidad de las obligaciones propias que emergen de determinada situación frente a la relación mantenida, persigue el valor Justicia que “otorga” según correspondencia (dar a cada uno lo suyo).

El sistema resolutivo desarticula la tensión generada por la resistencia del planteo antagónico, en la medida que revisa la situación del pretendiente y del pretendido¹².

¹⁰ En este sentido se expresa CÁRDENAS, Eduardo José (1998; pags.18 y 21 respectivamente).

¹¹ Esta relación de componencias conflicto-continuidad de la relación, es tributaria de CÁRDENAS, Eduardo José (op.cit.pag.15).

¹² Recuerda ZANNONI, Eduardo (op.cit. pag.10) que, de modo específico en el conflicto matrimonial, actualmente “la contienda” es evitable en la medida en que se admite el divorcio por presentación conjunta, se da relevancia al reconocimiento de los hechos afirmados por el otro y se admite la alegación de situaciones objetivamente demuestran el fracaso irremediable del matrimonio.

Esa “revisión”, involucra un proceso de verificación de hechos y derechos alegados. Nunca puede dejarse de prescindir de la oportunidad de comprender esa asignación de solución dentro del plano del restablecimiento de un dialogo autentico y asistido. La autenticidad y suficiencia del sistema de intervención inmediatamente relacionado a la naturaleza del conflicto familiar, tiene que encontrar una forma que no solamente defina una solución, sino que, ese resultado se comprenda y acepte en la medida que se concreto un compromiso personal de ambos protagonistas con el mismo.

El debate adversarial fija temporalmente el espacio de discusión en el tiempo pasado. La resolución judicial, con elementos aportados por las partes -en un plano de discusión de una dialéctica estrictamente cerrada- define hacia el futuro con una valoración autosuficiente del juzgador tercerizado. Muchos conflictos familiares, deben encontrar espacios resolutivos que permitan a sus protagonistas *“poner el acento en el futuro, sorteando el conflicto que mira hacia el pasado”*¹³.

Aquí cabe preguntarse entonces si necesariamente los protagonistas de toda relación matrimonial o familiar en conflicto realmente son incapaces de hacer aportes de tipo integrativo para una solución. La incidencia del tema objeto de discusión y las conductas que se hayan podido haber ejercido y que pueden alcanzar lesiones graves a la confianza o hasta la integridad física y moral misma de algún antagonista, deben actuar como criterios valorativos que permitan verificar esta posibilidad o aptitud de compromiso y participación.

Definitivamente, entonces, atender el conflicto familiar equivale a un abordaje de sus incidencias¹⁴.

Y aunque parezca insistente, debe sostenerse que la controversia en las relaciones matrimoniales y familiares no se rige por caracteres objetivos puesto que el vinculo unitivo se apoya en un animo asociativo esencialmente subjetivo (amor). Empatía y solidaridad son los nexos regulares de la asociación matrimonial y familiar dentro de un marco adecuado de comportamientos al tipo de relación que naturalmente es la comunidad familiar. El conflicto familiar es la alteración de este régimen de la relación. Por lo tanto, el sistema resolutivo debe medir sus alcances teniendo como parámetro de resultado el régimen regular dentro del que deben disponerse las conductas de los miembros.

De allí el mantenimiento posible de un margen unitivo de las relaciones pese a las disputas a la hora de decidir sus componencias antagónicas

Aún en las situaciones mas críticas, la acción resolutiva debe actuar evitando la extensión del daño con diseños resolutivos que no se vuelvan contra la ya sobrecargada tensión emocional comprometida.

Tanto dentro del desarrollo resolutivo mismo, como en la realización de los resultados obtenidos en la definición del caso, puede verificarse la obtención de cuatro efectos que resaltan la aprovechabilidad de la oportunidad antagónica en la experiencia relacional de la familia.

Un primer aprovechamiento emerge comprobarse la forma en que quedan ***definidos espacios***, que destacan hasta donde se establecen los limites de integración de la relación constituyendo la actitud cuestionada un avance que equivalga a confundir intereses e imponer intenciones y valoraciones exclusiva y excluyentemente.

¹³ HIGHTON, Helena (pag.28)

¹⁴ Hacer esto equivale a materializar lo que afirma CÁRDENAS, Eduardo José (op.cit.pag.25), cuando sostiene que debe “trabajarse” (la resolución del caso) “con” y “desde” el contexto familiar

En la medida en que se **esclarecen temas comunes**, aparece un segundo aprovechamiento que verifica de qué cosas estamos discutiendo y en qué medida estas tienen que ver realmente con nuestra vida. De esta manera se precisa y manifiestan los intereses reales involucrados en tanto se comprenda cómo lo discutido es esencial para el proyecto común.

El tercer aprovechamiento permite **evidenciar carencias comunes** en virtud de las cuales se verifica que nos falta a cada uno, pero al mismo tiempo qué debemos incorporar a nuestras vidas para satisfacer esa carencia actitudinal¹⁵.

Un cuarto aprovechamiento, deja **revelado sentimientos**, donde los afectos, frustraciones, desengaños y deslumbramientos condiciona el motivo íntimo del interés proyectado en lo que queremos y lo que no queremos de nosotros mismos y de los otros.

Por último, se verifica que el conflicto familiar en sí mismo significa la manifestación de un reclamo social subyacente, a partir de lo cual, ya no es temerario pensar que un matrimonio o una familia con problemas permite una lectura de una sociedad con problemas.

Bajo este prisma, el problema familiar marca la medida en que el hombre va avanzando dentro de la superación del proceso de cambio progresivo de cada sociedad, y de allí la imperatividad de diseñar sistemas resolutivos suficientes que permitan atenderlos completamente.

Hacia el tratamiento del conflicto familiar según cada vía resolutiva

El rito es la secuencia dentro de la cual el reclamo sustantivo tiene plenas garantías¹⁶ de expresión y debate.

Esta secuencia, en sí misma, hace al tratamiento mismo de ese caso en la medida en que lo incluye en un espacio ordenatorio y asignativo de tiempos e instancias para manifestar la interacción de los proponentes

Ahora bien, el tratamiento de una realidad, merece el reconocimiento de las características que tornan específica a la forma de definir la sustantividad misma de aquella; esto servirá de condicionante necesario para el diseño de una atención adecuada del caso.

El tratamiento, entonces, tiene estrecha relación con la manera de propiciar la administración del conflicto.

La importancia de dilucidar el alcance del concepto “tratamiento”, tiene el valor de servir de referente expresivo y contenedor actitudinal de las acciones que cada mecanismo de intervención habilita para asumir las implicancias del caso.

En Derecho de Familia, siempre sujetos a un mecanismo adversarial único, tratamiento y resolución, son conceptos referidos a dos partes subsiguientes pero distintas de la secuencia del abordaje jurídico.

¹⁵ Esta es una respuesta recuperativa, porque la solución misma está ordenada a superar la causa actitudinal que precipitó la crisis. En tal sentido, entonces, no solo se analiza la indigencia (con las asignaciones de responsabilidades y culpas emergentes de la crisis), sino que -el esfuerzo resolutivo- se ordena a determinar la forma real de concretar la consolidación de la experiencia plasmada en una solución posible y que evite la recurrencia de situaciones y comportamientos análogos.

¹⁶ La plenitud de esas garantías se conforma con el conocimiento previo de los términos de su realización, reconociendo anticipadamente los alcances de las disponibilidades que pueden ejercerse para conformar la convicción de quien está llamado a decir el resultado de la controversia.

Un entendimiento practicado bajo esta interpretación, permite verificar la ocurrencia de esta secuencia bajo los siguientes términos de equivalencia¹⁷:

- 1) La “recepción” como equivalente al momento en que acontece la formulación de las pretensiones y establecimiento de la litis;
- 2) El “tratamiento” entendido como el esquema probatorio, argumental y de diligenciamiento de las corrientes de pretensión y de negación;
- 3) La “resolución”, como el punto de llegada de la secuencia, ordenado a la definición de la sentencia.

En este sentido, y bajo estos alcances, la naturaleza misma del sistema adversial se ordena necesariamente a la resolución y no al gerenciamiento del conflicto.

Sin embargo esta expresión (tratamiento procesal), comprenderá una segunda acepción de carácter mas amplio que recepta una dinámica de abordaje jurídico que modifica su estructura esencial con efecto extensivo de sus prácticas de intervención, transformando el aspecto operativo mediatamente ordenado a la resolución-sentencia del mecanismo adversial.

En la autocomposición se buscan perceptivas mas amplias del conflicto, proyectando alternativas mas variadas de acuerdo a un desenvolvimiento de los protagonistas que hacen de su participación el eje mismo de la estructura entitativa del proceso.

La equivalencia resultante del proceso adversial es esencialmente aritmética, exacta, precisamente definitoria de una resolución¹⁸.

La equivalencia resultante del proceso autocompositivo es amplio, variable según la comprobación actual del interés comprometido, recopilando elementos valorativos de forma constante que avanza sobre aspectos profundos e íntimos de la problemática manifestada¹⁹.

La autocomposición, como mecanismo resolutivo, se corresponde a la naturaleza del sistema dispositivo en función de las habilitaciones permitidas para la efectivización de las intervenciones de los actores.

Al mismo tiempo, el mismo mecanismo comprende un esfuerzo estructural y procedimental ordenado hacia a definir la controversia con alcances verdaderos, en la medida que se introduzcan (bajo habilitación y asistencia) todas las cuestiones expuestas en un espacio resolutivo mas amplio²⁰.

¹⁷ En este mismo sentido se expresa ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1992; pag.26 y 27)

¹⁸ Aparecen en este mecanismo algunas notas que podemos destacar conforme las caracteriza CÁRDENAS, Eduardo José, GUEVARA, Lino y HERRERA, (1989 pag.70) cuando tipifican a sus efectos destacando e que forma, en el mismo “...lo más importante es la sentencia y en segundo lugar la prueba. El juez es un razonador que saca conclusiones para el caso desde la ley. El equipo de profesionales no abogados (trabajadores sociales, psicólogos, terapeutas, etc.) hacen dictámenes sobre las aptitudes y conductas de los miembros de la familia en conflicto para posibilitar al juez el hallazgo de un ganador...”. Inmediatamente después, tipifican también las consecuencias de este tipo de abordaje ritual cuando manifiestan que “...baja la autoestima de los miembros de la familia y su sabiduría y habilidades naturales para resolver ese conflicto y los futuros. Exacerba el animo de venganza dl perdedor. En el setenta por ciento de los casos la sentencia no se cumple porque al menos una parte de la familia se resiste. Este conflicto y luego otros se hacen crónicos y crean la necesidad de que mas profesionales intervengan en la familia (pediatras, psiquiatras, etc.)...”.

¹⁹ Tal como lo entiende HIGHTON, Elena (Op.cit.pag.30), el éxito del avenimiento está ligado a la motivación de cada uno por encontrar un terreno de acuerdo y de recuperar su capacidad de abordar los efectos de crisis como un proceso de reestructuración y reorganización familiar, personal y social susceptible de inducir a transformaciones individuales.

²⁰ Tal como lo advierte HIGHTON, Elena (Op.cit.pag.32), el interés público que informa el Derecho de Familia no queda desconocido en una instancia acordaticia si lo entendemos como un compromiso

Inclusiones o sustituciones

Cabe preguntarse²¹ si es adecuada la adversarialidad para todos los casos de familia en la medida en que *“la controversia intrafamiliar vuelve a neutralizar la capacidad de procesamiento de conflictos del grupo familiar y poner al juez en la casa para resolver qué apellidos llevan los hijos, o como se resuelve su educación. En muchos casos es necesario y en otros presenta un burocratismo destructivo del grupo familiar, que hace pensar en la necesidad de que la familia desarrolle su propia capacidad de resolución de estos conflictos”*.

Es importante insistir en que la adecuabilidad se justificará en un juicio de valoración medido por la naturaleza del conflicto.

Aparece entonces una distinción necesaria que nos da la clave para comprender la tensión existente entre quienes desconocen la inclusión de mecanismos alternativos al sistema de intervención procesal en Derecho de Familia²².

No podemos confundir medios alternativos con medios sustitutivos²³. Lo alternativo está referido al tipo de procedimiento utilizado y no al sistema de intervención dentro del que se desarrolla.

Lo alternativo deja margen de coexistencia a un mecanismo preeminentemente ubicado de modo originario en el sistema de intervención.

Por ello, el valor de la alternatividad es vigente en cuanto no es sustitutiva. Con ello se desarticulan temores de cierta doctrina²⁴ que confunde ambas realidades al entender que *“el proceso de por sí es instrumento de paz, sustitutivo de confrontaciones de fuerza, para establecer la justicia y, en la medida en que procura ésta mantiene ulteriormente la paz. No es necesario buscar sustitutivos del proceso para lograr en vez de justicia, paz”*.

Por sobre esta interpretación es importante comprender que en ciertos casos, la paz social se ve comprometida por la exposición del debate por vías adversariales que lesionan las relaciones familiares que trascienden lo estrictamente técnico judicial

Valorar la alternatividad, significa *“...consagrar criterios de equidad social distributiva allí donde sea importante mantener situaciones complejas y duraderas relaciones entre individuo y grupo, en lugar de zanjar una solución*

conjunto por solucionar el problema familiar, superando los sentimientos coyunturales emergentes de las acciones que desencadenaron la crisis; donde, lo que “yo siento”, no condicione lo que debemos pensar resolver “de aquí en adelante”.

²¹ Este interrogante es una adhesión al mismo que se ha propuesto LORENZATTI, Ricardo Luis

²² Existen opiniones críticas a la integración compleja de la estructura jurisdiccional, (vgr. ZANNONI, Eduardo (Op.cit.pag.45) advertidas desde prácticas operativas erradas por parte de los operadores actuales en lo que respecta al modo de definir los roles de cada componente de la nueva estructura en el “mapa judicial”. En base a esa comprobación, define (pag.37) que es inconstitucional delegar deberes y facultades propios de la justicia en funcionarios u organismos dependientes de otros Poderes -vgr. Ministerios Públicos u Administrativos-. Asimismo, destaca esta opinión, que es inconstitucional subordinar la intervención judicial a quehaceres previos de carácter no jurisdiccional. En definitiva, la preocupación del autor citado, se ordena a evitar la creación de espacios de poder otorgados a quienes (interdisciplinariamente) en lugar de integrarse al sistema, se erigen en operadores que, conveniente o inconvenientemente, se colocan fuera, por encima o antes del sistema.

²³ Esta cuestión deja advertida BERIZONCE, Roberto O. (1995. Pag.124)

²⁴ En este sentido se expresa GELSI BIDART, A. (1987 p.368).

*aislada, con rígidos criterios jurídicos de razón y sin razón esencialmente dirigidos hacia el pasado*²⁵

La accesibilidad a mecanismos alternativos de resolución no es una respuesta agresiva y contestataria a la controversialidad exclusiva, en la medida en que la perfectibilidad de cualquiera de los mecanismos siempre deja abiertos espacios de discusión sobre sus límites²⁶.

Por eso la validez y legitimidad de uno, no surge en desmedro de la legitimidad del otro. Se busca una respuesta integrativa, no una decantación descalificatoria del sistema de intervención.

Variables valorables para una distribución

La calificación material del caso objeto de distribución, juzga prudencialmente las condiciones de vínculos convergentes, de intensidad emotiva, y de intereses promotores de la pretensión misma como de la resistencia a su cobertura²⁷.

Aparecen entonces cuatro niveles de valoración que permiten elegir medios o mecanismos resolutivos adecuados a cada caso²⁸.

1. Todo conflicto genera costos que implican porciones de pérdidas y cargas que debe soportar cada uno de los protagonistas del conflicto. La materialidad e inmaterialidad de esos costos determinan la aptitud de asumirlos y la causalidad que estos tienen como contribuyentes a un incremento de la ansiedad y la desconfianza.

2. Toda crisis de pretensiones se ordena hacia satisfacciones desencontradas que tienen intensidad de cobertura no siempre proporcionales. De allí que deba hacerse una selección atendiendo a índices de satisfacciones que se aproximen a su completitud en la medida en que puedan ser integrados o deban ser dirimidos imperativamente con una equivalencia de asignación y quita.

3. Especialmente en las cuestiones matrimoniales y familiares, el planteo antagónico se origina dentro de un vínculo subsiste entre los antagonistas (aunque sea el motivo del cuestionamiento) y con proyecciones naturales sobre vínculos conexos que participan directa o indirectamente en el debate.

4. No puede dejarse de descuidar una proyección valorativa acerca de la reaparición de la disputa en función de una insatisfacción de intereses mal atendidos. Esta cuestión tiene que ver con la forma en que la elección de una vía influye sobre el resultado y de que forma, esta solución, puede determinarse como causa de una nueva disyuntiva generando una dialéctica indefinida y hostigante.

Pero ya involucrados en una actividad valorativa profunda, que avance mas allá de las apreciaciones externas, mas bien ordenadas a recopilar implicancias "externas" a la familia bajo conflicto, queda un segundo complejo de elementos valorativos que observa la experiencia personal de cada miembro en

²⁵ En este sentido se expresa CAPELLETI, M. (1981. Pag.165-166)

²⁶ En definitiva, conforme lo expresan ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena y JASSAN, Elías (Op.cit.pag.10), de lo que se trata, se relaciona con hacer heterogénea la oferta de protección

²⁷ Tal como lo señala PETTIGIANI, Eduardo Julio (1999; pag.59), con este sentido y esta dimensión valorativa, no se trata de prescindir del imperio de la ley, sino de aducir que también inciden en un plano de equivalencia, las razones de conciencia y de convencimiento personal de quien está llamado a salvaguardar los casos de familia en una actividad valorativa real e inmediata.

²⁸ Estos cuatro niveles de valoración son tributarios de una interpretación tomada de los autores URY, William; BRETT, Jeane y GOLDBERG, Stephen (trad.1995)

disputa respecto de los alcances que tenga sobre él mismo, sobre sus decisiones y sobre acciones, dentro del proceso.

Bajo este signo, debe partirse de un interrogante que mira directamente a lo que la familia, en su realidad propia, puede absorber de la coyuntura conflictual que atraviesa. La intensidad de tal situación rige los límites de exposición de los antagonistas²⁹.

Estos son los espacios de tolerancia que cada miembro de la familia puede sobrellevar en el curso de una disputa que puede dejar expuestas realidades dolorosas y traumáticas.

Podrían calificarse conductas genéricas que intenten comprender tipologías actitudinales que sirvan de orientación en este sentido, de acuerdo a las funciones adjudicables a cada rol y a la historia de cada grupo.

Por otro lado, también debe considerarse el impacto de los resultados posibles en un sentido negativo o positivo, en la medida en que ellos permiten verificar de que manera puede cubrirse la insatisfacción comprometida en la crisis.

Esta, también, puede parecer una actividad anticipatoria o de prejuizgamiento, pero en realidad significa el nexo real que comienza a asegurar la efectividad de un decisorio, sea cual fuere la forma de definirlo.

De esta manera, queda por preguntarse acerca de la necesidad de consagrar en normativamente (Códigos Procesales) los criterios de distribución.

Metodológicamente se entiende que conviene dejar determinados algunos de estos criterios a modo de lineamientos no cerrados ni restrictivos, sino que se establezcan como orientaciones que, por ser tales, no implican tampoco una exposición a la ambigüedad.

La flexibilidad en este caso, es un elemento metodológico del juicio que permite cubrir elementos considerativos que pueden emerger de situaciones que, aunque previstas de un modo genérico, no pueden enumerarse totalmente frente a las complejidades crecientes de la dimensión conflictual acontecida en los matrimonios, en las familias y en sus paradigmas emergentes.

Referencias Bibliográficas

²⁹ Sobre este aspecto, CARDENAS, Eduardo José (Op.cit.pag.24), caracteriza los principios actitudinales que deben reconocerse en una familia en crisis, para verificar que el caso no puede derivarse a una instancia resolutoria alternativa; entre ellos: a) emotividad deficiente de superar; b) problema de comunicación; c) estereotipos profundos e incomprensibles; d) exceso de problemas; e) ausencia de valores comunes.

Asimismo WAGMASTER, Adriana (1998; pag.111), completa estos principios, agregado los siguientes : a) advertencia de su no adecuación para clientes motivados solo por el temor al litigio o por desconfianza del sistema legal; b) cuando hay desbalance de poder.

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo en su obra *“Introducción al estudio del Derecho Procesal -1º Parte-”* Reimpr.Edit.Rubinzal Culzoni. 1992
- ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena y JASSAN, Elías en *“Mediación y Justicia”*. Edit.Depalma. Bs.As. 1996
- BERIZONCE, Roberto O. en *“El abogado negociador”* publicado en DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL 1 (Doctrina y jurisprudencia). Director Omar A.Banabentos. Edit.Juris. Rosario. 1995
- CABANELLAS, Guillermo *“Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos”* Edit.Heliasta S.R.L. Bs. As. 1992.
- CAPELLETI, M. en su obra *“Acceso a la justicia -como programa de reformas y como método de pensamiento-”* en Revista Colegio de Abogados de La Plata. N°41. La Plata. 1981.
- CÁRDENAS, Eduardo José *“Mediación en los conflictos familiares”*. Edit.Lumen Humanitas. Colección Minoridad y Familia. Bs.As. 1998
- CÁRDENAS, Eduardo José, GUEVARA, Lino y HERRERA, Marisa en *“Aporte para un nuevo ritual en los procesos de familia: el nombramiento de protector en casos de violencia familiar”* publicado en DERECHO DE FAMILIA Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. T.1. 1989. Edit.Abeledo Perrot. Bs.As.
- GELSI BIDART, A. en *“La ineficacia del proceso y América Latina”* en DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS DEL HOMBRE COMUN. Publicación de FCU Montevideo 1987
- HIGHTON, Helena *“Pautas para mediadores: tenencia guarda, visitas y la amplitud de posibilidades de la mediación”* en DERECHO DE FAMILIA –Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia- T.12. 1998. Edit. Abeledo Perrot
- LORENZATTI, Ricardo Luis en su ponencia *“Teoría general del Derecho de Familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales”* presentada en la Comisión III del Congreso Internacional “La Persona y el Derecho en el fin de siglo” Universidad Nacional del Litoral. Sta.Fe
- PETTIGIANI, Eduardo Julio en su obra *“Familia y justicia: hacia una realización del derecho justicial en el derecho de familia”* publicada en DERECHO DE FAMILIA Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 14. 1999.Edit.Abeledo Perrot. Bs.As.
- ROSS, Alf; *“Sobre el Derecho y la Justicia”*. Edit.Eudeba. Bs.As.1997.
- URY, William; BRETT, Jeane y GOLDBERG, Stephen en su obra *“Cómo resolver disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto”*. Edición al cuidado de las Dras.HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys y TAPIA, Graciela. Edit.Rubinzal Culzoni y Fundación Libra. Santa Fe. 1995
- WAGMASTER, Adriana en su obra *“La mediación y los abogados de familia”* publicada en DERECHO DE FAMILIA Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. T.12.1998. Edit.Abeledo Perrot. Bs.As
- ZANNONI, Eduardo *“Contienda y divorcio”* en DERECHO DE FAMILIA -Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia- t.1 . Edit. Abeledo Perrot. Bs. As. 1989
- ZANNONI, Eduardo en *“Algunas observaciones críticas al servicio de justicia, al proceso civil y a los procesos familiares en particular, en el sistema judicial de la actual Ciudad de Buenos Aires”*



IV Encuentro Nacional de Docentes Universitarios Católicos
docentes@enduc.org.ar - www.enduc.org.ar