

SOBRE LA POSIBILIDAD DE MORALIZACIÓN SOCIAL. EL CASO DE LOS PROGRAMAS DE MEDIACIÓN JUDICIAL EN CÓRDOBA, ARGENTINA

Paula MUSSETTA*

SUMARIO: I. *Crisis y reforma judicial: los programas de mediación para la resolución de conflictos.* II. *Mediación en la provincia de Córdoba.* III. *Justificaciones operativas y normativas.* IV. *Ingeniería social: el diseño de las cartografías sociales.* V. *Voluntariedad inducida: la paradoja que hace funcionar la mediación.* VI. *Mediación, mediación extrajudicial y justicia.* VII. *El proyecto moral y las prácticas del gobierno de lo social.*

I. CRISIS Y REFORMA JUDICIAL: LOS PROGRAMAS DE MEDIACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La crisis en los sistemas de justicia de los países latinoamericanos es un rasgo que éstos vienen arrastrando desde años. Para exponer la situación de manera muy general se puede decir que este escenario está generado por dos tipos de aspectos. Unos son de tipo administrativo-institucional y afectan seriamente el funcionamiento y operatividad de la justicia en términos organizativos: sobrecarga de las cortes y los tribunales, escasas proporciones de presupuestos estatales destinadas a los sistemas judiciales para satisfacer las necesidades de los usuarios, crecimiento desproporcionado de la demanda de servicios judiciales respecto de la infraestructura necesaria para satisfacerla. El otro tipo de aspectos que delimita la crisis de la justicia está asociado a cuestiones relativas a la imagen-reputación que el sistema y sus componentes han construido a lo largo de

* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - FLACSO.

estos años: la muy común falta de independencia y estrecha relación con el poder político y económico junto a inefficiencia y corrupción han llevado a una pérdida de credibilidad y prestigio ante la opinión pública en la que ha quedado seriamente cuestionada la imparcialidad del poder judicial. Las repercusiones de la situación son de tal magnitud que ha desmoronado la noción misma de justicia en la ciudadanía. Estos dos tipos de aspectos señalados están completamente relacionados entre ellos. Sin embargo, no es posible establecer certeramente una dirección de causalidad entre ambos.

La aceptación y el reconocimiento del diagnóstico acerca del debilitamiento y crisis del sistema judicial tienen diferentes explicaciones y, en consecuencia, diferentes maneras de pensar soluciones. Y aunque las opiniones están divididas en cuanto al cómo hay que cambiar, sí hay un acuerdo generalizado al que llegan todos los diagnósticos: la imperante necesidad de introducir cambios y reformas que contribuyan a un mejor y más efectivo servicio de justicia para la población en general.

Aquí interesa presentar particularmente la iniciativa de introducción de modificaciones orientadas a crear formas de administración de justicia, no convencionales, no totalmente dependientes del Poder Judicial y, en este sentido, no completamente incluidas en la esfera estatal. Este es el caso de la introducción de medios alternativos de resolución de conflictos, también conocidos como programas de mediación. La mediación es una negociación asistida, un procedimiento de resolución de conflictos para que las partes en litigio, mediante el ejercicio de su libertad, tomen una decisión informada basada en la comprensión de los intereses propios y los de la contraparte y así intenten una solución a su problema, con la ayuda de un mediador, sin necesidad de llegar a un juicio y en un menor tiempo que el que tomaría una demanda judicial.

Este tipo de experiencias no eran nuevas en el mundo, pero en varios países de América Latina comenzaron a implementarse en el marco de las reformas de los sistemas judiciales.¹ En Argentina, originalmente, la mediación se implementó como una institución que reunía las características necesarias para complementar la acción de los tribunales: los descongestionaba sin menoscabar la jurisdicción judicial. A nivel nacional, se empezó con una experiencia piloto en la Capital Federal durante los

¹ Para una referencia a las situaciones de otros países de la región, véase Vargas, Edith y Gatti, Claudia, *La mediación en el mundo: antecedentes y estado del arte*, Fundación Instituto de Mediación, 2000, <http://www.institutomediacion.org>.

años 1994 y 1995, que precedió a la ley nacional de mediación del año 1995. Esta Ley 24.573 de Mediación y Conciliación resolvió imponer la mediación, para determinados juicios, como una instancia previa obligatoria para las partes.² En otras palabras, con la ley se incorpora la mediación prejudicial obligatoria para un importante grupo de conflictos jurídicos en jurisdicción nacional y en los juzgados federales en lo civil y comercial de todo el país. La mediación es obligatoria porque las partes no son libres de elegir si entran o no al sistema y se instituyen sanciones a quienes no lo acepten como requisito previo al acceso al juicio para asegurarla; pero también existe voluntariedad porque ellas pueden elegir mantenerse dentro del programa el tiempo que lo deseen y decidir si se aceptará el acuerdo o no. Las interpretaciones del debate parlamentario de la ley sostienen que el hecho que la mediación tenga una cuota de voluntariedad y de obligatoriedad a la vez no es contradictorio. La justificación legal dada al respecto es que cada una se aplica a etapas distintas del proceso: la característica de obligatoriedad se aplica a la concurrencia previa al juicio y no a la facultad de permanecer o retirarse del procedimiento. Sobre este punto se profundizará más adelante.

II. MEDIACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Varias provincias crearon para sí leyes y programas específicos, entre ellas la provincia de Córdoba, que es el caso que aquí interesa desarrollar.³ La experiencia de esta provincia reviste como particularidad el hecho de la multidisciplinariedad. Es decir, aunque la ley nacional establece que sólo los abogados pueden ser mediadores, en Córdoba se fue gestando un movimiento de mediadores constituido por profesionales provenientes de muy diferentes ámbitos, que fueron abriendo la posibilidad de encarar la conflictividad desde otras perspectivas.⁴

² El 4 de octubre de 1995 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley sobre la base de un proyecto del Ministerio de Justicia de la Nación; la norma se promulgó el 25 de octubre de 1995 y fue publicada en el *Boletín Oficial* del 27 de octubre del mismo año.

³ La ley provincial de mediación número 8.858, sancionada y reglamentada en 2000, regula la actividad que comenzó a desarrollarse en 1995.

⁴ Según datos oficiales del Gobierno de la Provincia de la Córdoba, si se analizan los registros teniendo en cuenta la profesión de base de los mediadores, se observa que sobre un total de 390 mediadores matriculados, el 53% de ellos son abogados, el resto proviene de otras disciplinas. Fuente: ProMARC (Programa de Métodos Alternativos de

La ley provincial prevé dos tipos de mediación: una en sede judicial y otra en sede extrajudicial.

La primera (mediación en sede judicial) se genera por diferentes situaciones: por un lado, la mediación puede ser una solicitud de oficio emitida por el juez para casos en los que la ley indica que debe ser obligatoria. Se trata de contiendas civiles o comerciales en los que por el monto o la complejidad del caso, o por un pedido de beneficio de litigar sin gasto de alguna de las partes, el juez las remite obligatoriamente. Por otro lado, puede ser un requerimiento voluntario de una de las partes. De mediar conformidad en la otra parte, la causa se somete a mediación y se suspende el proceso judicial. Es decir, la mediación es un recurso al que pueden acceder las partes al interponer la demanda o contestarla, o en cualquier oportunidad procesal y en todas las instancias.⁵

En cambio, la mediación en sede extrajudicial⁶ se refiere a casos en que las partes, sin instar proceso judicial previo, adhieren voluntariamente a un proceso de mediación para resolver un conflicto, ante un mediador, centro de mediación público o privado habilitado a tal fin. En caso de llegar a un acuerdo por esta vía, y si las partes lo deciden, el acuerdo puede llegar a tener valor de sentencia judicial mediante la homologación ante un juez con competencia en la materia. Se trata de conflictos de índole familiar, vecinal, institucional, y hasta patrimonial, que aunque todos pueden llegar a ser un conflicto judicial, en su mayoría, si no fuera por la existencia de estas nuevas instancias de mediación, nunca serían traducidos en demandas judiciales. Podría mencionarse la voluntariedad “desde el inicio” como la principal diferencia entre la mediación en sede judicial y extrajudicial. Sin embargo, hay algo en el mismo funcionamiento de los programas que atenúa esta diferencia. Casi todos los sujetos

Resolución de Conflictos), Secretaría de Justicia, Gobierno de Córdoba, <http://www.cba.gov.ar>.

⁵ En la ley, el carácter voluntario de la mediación es lo que se instituye en primer lugar, tal como lo indica su artículo primero; y la obligatoriedad aparece en el artículo segundo con carácter de excepción.

⁶ En otros lugares del país la mediación está también siendo promovida como medio para resolver disputas en ámbitos extrajudiciales. Es el caso por ejemplo, de la ciudad de Buenos Aires. Allí existe el llamado *Programa Mediación Comunitaria y Resolución Alternativa de Conflictos* que ofrece una instancia participativa, gratuita y colaborativa en la cual resolver conflictos. Estos servicios de mediación sólo se brindan en unos de los Centros de Gestión y Participación de la Ciudad de Buenos Aires. Fuente: http://www.buenosaires.gov.ar/areas/seguridad_justicia/justicia_trabajo/mediacion.

tos que llevan sus casos a mediación extrajudicial no lo hacen por voluntad propia estrictamente dicha, sino que vienen derivados de otras instancias institucionales u organizacionales, tales como defensoría del pueblo o del consumidor, de ONGs, de programas de asesoramiento jurídico, de programas de violencia familiar, o de derechos humanos. La evidencia hace sostener que la mediación extrajudicial es completamente voluntaria, pero sólo porque no existe una instancia judicial de por medio que ponga a disposición de las partes la mediación. La ley no sólo contempla, sino que enfatiza el carácter de voluntariedad, pero se trata de sujetos que previamente han acudido a otras instancias institucionales. De todas formas es posible sostener que mientras que, por un lado, la mediación es una instancia previa y obligatoria a todo proceso judicial, por otro lado se está desarrollando una serie de iniciativas en las que la mediación abre un nuevo espacio para la resolución de conflictos. Aunque se denominen extrajudiciales no son completamente extraestatales.

En Córdoba existen dos tipos de centros que realizan mediación en sede extrajudicial. Por un lado, están los centros públicos, que dependen del Poder Ejecutivo de la provincia; y por otro, existen centros privados que pueden funcionar en instituciones públicas o en lugares privados propiamente dichos. Tanto los centros públicos como los privados son habilitados, controlados y supervisados por un organismo de gobierno de la provincia: el ProMARC (Programa de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos). Éste funciona bajo la órbita de la Secretaría de Justicia y es la autoridad de aplicación de la Ley Provincial de Mediación. Esta área de gobierno es quien fija las políticas a desarrollar en materia de mediación en todo el territorio provincial. Esta área es la que promueve y difunde los métodos, elabora los programas y proyectos respectivos, controla el funcionamiento de la actividad. En el sitio oficial del gobierno cordobés se lee que los proyectos y programas de ProMARC nacen a partir de un análisis de las necesidades de la población en materia de mediación como también en base a los objetivos de inserción del método que desean lograr y a las inquietudes de los mediadores. El programa de mediación cultural, familiar, educativa, con adultos mayores, vecinal, son algunos de los programas implementados desde el 2003. En algunas ciudades del interior de la provincia (Río Cuarto, San Francisco, Villa María) también existen centros de mediación que funcionan de manera coordinada y en permanente comunicación con el de la ciudad capital. Este tipo de experiencias existen dentro de la órbita estatal, desde allí son promovidas, organizadas, ejecuta-

das y evaluadas las experiencias de mediación. Es por esto que podemos hablar de la mediación como una experiencia de coordinación social promovida desde el Estado.

III. JUSTIFICACIONES OPERATIVAS Y NORMATIVAS

La propuesta de la mediación trae consigo un aparato de supuestos efectos que, puestos en conjunto, forman un marco de justificación con el cual distintos tipos de actores la promueven.

Desde sus inicios, la mediación fue pensada como una buena oportunidad de mejorar la justicia argentina por constituir una herramienta que principalmente podría lograr cierta liberación en la sobrecarga de los tribunales y jueces, junto a una importante reducción del costo del litigio. Al respecto, algunos de los argumentos con los cuales se defiende a la mediación indican que como los costos de entablar una demanda vía mediación son mucho menores a hacerlo por las vías tradicionales, queda garantizado el acceso a la justicia para una mayor cantidad de personas; además, esto es consonante con la idea de que muchas disputas no se resuelven por falta de instancias posibles para quien, por diferentes razones no quiere iniciar un juicio. En este sentido, la existencia de centros de mediación que resuelvan problemas de menor cuantía suma posibilidades en la búsqueda de una vida más armónica.⁷ Estas justificaciones apuntan directamente al sistema judicial.

Sin embargo, hay otro tipo de respuestas a la pregunta de por qué es necesario introducir la mediación. Se ha sostenido que

...las nuevas circunstancias sociales requieren nuevos sistemas de manejo y resolución de conflictos. El problema no es el conflicto, sino qué respuesta le damos. Históricamente se ha buscado evitar, suprimir, o eliminar el conflicto. Ante la diversidad y la complejidad surge la necesidad de dar respuestas distintas a conflictos nuevos que se desarrollan mientras crece la conciencia de los ciudadanos de decidir, exigir y participar después de largos años de autoritarismo.⁸

⁷ Schiffrin, Adriana, "La mediación. Aspectos generales", en Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps.), *Mediación: una transformación de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 38.

⁸ Oyhanarte, Marta, "Los nuevos paradigmas y la mediación", en Gottheil y Schiffrin, *op. ult. cit.*, p. 33.

En estas justificaciones no termina de quedar claro si la mediación es necesaria porque hay nuevos tipos de conflictos, o nuevas formas de relación social que demandarían nuevas maneras para resolver conflictos viejos. En todo caso, esto no es relevante, porque no se termina de explicar por qué surge la mediación. Más bien, son justificaciones que deben ser comprendidas en sí mismas.

En el debate generado específicamente a propósito de la introducción de la mediación es posible encontrar no sólo justificaciones operativas en términos de mejor funcionamiento institucional, sino que se orientan al tipo de sociedad en que vivimos. En este sentido, el debate está fuertemente cargado de aspectos de tipo normativo. Es decir, la justificación que se da sobre la mediación —no sólo desde el gobierno, sino muchas veces en análisis académicos y de organizaciones de la sociedad civil comprometidas con el tema— no sólo tiene un componente práctico-instrumental —cuyo objetivo concreto sería descongestionar las instancias judiciales— sino que también está altamente cargado de un componente normativo-moral que a veces opera como una fuente de legitimación. Así, por ejemplo, para Schvarstein la mediación no es un asunto meramente operacional, sino una definición portadora de valores en la que se exalta el consenso, la neutralidad, la ayuda y el protagonismo de las partes, la solidaridad, el compromiso y el respeto, creatividad, perseverancia, confianza y paciencia como atributos deseables para las partes y los mediadores.⁹

Claramente se ve cómo la mediación es propuesta como una herramienta cuyas bondades facilitarían acortar la brecha entre la sociedad real y un modelo de sociedad deseada. La siguiente definición de la mediación ilustra un poco desde dónde los discursos de los actores señalados sostienen esta justificación:

El objetivo general que se pretende alcanzar a través del Programa es el de implementar y desarrollar la mediación en todo el ámbito de la provincia de Córdoba como herramienta para promover un cambio estructural hacia formas más armónicas de convivencia que contribuyan a mejorar la calidad de vida de todos los habitantes recuperando valores tales como la solidaridad, el respeto y el reconocimiento por el otro, la autode-

⁹ Schvarstein, Leonardo, “La mediación en contexto”, en Gottheil y Schiffirin, *op. cit.*, nota 7, p. 230.

terminación y la equidad. Todo ello en un marco de eficiencia y crecimiento equilibrado del sistema o modelo que se aspira a desarrollar.¹⁰

En esta definición se destaca el aspecto de recomposición del diálogo, de mutua comprensión, es decir, se propone a la mediación como un eslabón entre el diálogo y el consenso necesario para la preservación del entramado social. “Es importante aceptar que la mediación es una herramienta nueva, un sendero espiritual, una necesidad política, un desafío ético”.¹¹

IV. INGENIERÍA SOCIAL: EL DISEÑO DE LAS CARTOGRAFÍAS SOCIALES

De la reflexión generada en la sección anterior se rescata la siguiente idea: el componente normativo-moral que fundamenta en gran medida los programas de mediación en Córdoba se orienta a constituir una nueva cultura de la convivencia cuyo “potencial de transformación —en tanto promueve el crecimiento moral al ayudar a las personas a lidiar con las circunstancias difíciles y a salvar las diferencias humanas en medio del mismo conflicto— se origina en la capacidad que ella tienen para generar dos efectos: revalorización y reconocimiento”.¹² Esto permite de manera hipotética sostener que las iniciativas de la mediación son proyectos en los que se expresa un modelo de ingeniería social de reconstitución de lazos morales. En otras palabras, los programas de mediación¹³ constituyen un tipo de programa estatal que compone un proyecto de ingeniería social que pretende potencializar una sociedad moral. Esta es la hipótesis a la que conduce la reflexión anterior y que se erige como hipótesis fundamental de este trabajo. Esto plantea interesantes reflexiones que trascienden el dominio exclusivo de los programas de mediación y conciernen de una manera más amplia a modalidades de intervención por parte de los

¹⁰ Extracto de una presentación realizada en el marco de un Encuentro Nacional de Mediadores en Los Cocos, Córdoba por la Coordinadora general de ProMarc, María Débora Fortuna.

¹¹ Oyhanarte, *op. cit.*, nota 8, p. 35.

¹² Torremorell Boqué, María Carmen, *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 22.

¹³ De aquí en adelante, mediación se utilizará para referirnos a la mediación extrajudicial, y se aclarará cuando no sea así.

gobiernos en sus sociedades: en definitiva, hacen pensar en qué modelos de organización social proponen los gobiernos y cómo operan para lograrlo.

La mediación es un programa de gobierno que proyecta un área para ser regulada. Esta tarea de proyección funciona con una lógica particular. Scott estudia estos procesos y plantea que los estados racionalizan y estandarizan las realidades sociales en un formato que sea legible administrativamente. Desde este mismo enfoque, esta tarea que realizan los estados y que consiste en hacer legibles las sociedades, les provee a los primeros la capacidad de una amplia ingeniería social. Asimismo, ese orden social diseñado o planeado desde las instancias de gobierno, es necesariamente esquemático y, por tanto, ignora rasgos esenciales de los órdenes reales en funcionamiento.¹⁴ Esto no parece ser en sí mismo un problema, ya que, como lo plantea este autor, estas tipificaciones son esenciales para el diseño estatal, que son a la vez técnicas para asir una realidad amplia y compleja, y es la única manera con la que pueden trabajar los gobiernos y con la que pueden acceder al conocimiento directo de una sociedad antes opaca.¹⁵

En síntesis, desde este enfoque pareciera que un Estado que no es capaz de mapear su sociedad es uno cuyas intervenciones están de antemano seriamente dificultadas, y al mismo tiempo, una sociedad opaca a su Estado quedaría aislada de algunas formas bien afinadas de intervención estatal. Lo que hacen los gobiernos es introducir simplificaciones sociales para elaborar mapas que, aunque no representan exitosamente la actividad real de la sociedad que describen, tampoco lo pretenden. Más bien, no son simplemente mapas, sino que son mapas que, cuando son combinados con poder estatal, habilitan más de la realidad social que describen a ser recreada: por ejemplo, un sistema de impuestos creado para tasar propiedades no sólo describe un sistema de tenencia de la tierra, sino que lo crea al darle su categoría de fuerza de ley.¹⁶ De esta forma, llevando esta reflexión al tema que nos ocupa, podría pensarse que un sistema que

¹⁴ Scott, James, *Seeing Like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, Nueva York, Yale University Press, 1998, p. 7.

¹⁵ *Ibidem*, p. 77. El texto está pensado para las operaciones de los estados en el siglo pasado, pero allí se reconoce que aunque con el tiempo las técnicas de simplificación y legibilidad se han ido volviendo más sofisticadas, los motivos políticos que las dirigen han cambiado poco. Apropiación, control, manipulación, son los más comunes.

¹⁶ *Ibidem*, p. 3.

plantea un tipo especial de resolución de conflictos, no sólo describe un sistema de convivencia, sino que también lo crearía. Pero, ¿ocurre esto?

El caso del sistema de impuestos puede ser apropiado para explicar y sostener la capacidad ingenieril de un Estado, pero no sucede lo mismo cuando pensamos desde la mediación. Y esto porque aquél puede apelar en cierta medida a medios coercitivos en la implantación de ese orden: existen sanciones completamente definidas para casos en los que no se cumpla la norma; esto no es lo que sucede en el caso de los programas de mediación. En este caso no se apela a medios coercitivos o utilitarios, si no que sólo a medios normativos: la apelación es persuasiva en valores y educación moral.¹⁷ Entonces, ¿qué sucede en el diseño de estos mapas cuando se apela a medios normativos y morales para crear un modelo de convivencia social?¹⁸

En definitiva, el debate que enmarca esta pregunta gira en torno a saber si la (re)generación moral que se pretende conseguir puede descansar solamente en métodos de persuasión, o si es posible reconstruirla a través de programas políticos que persuadan en cuestiones sociomorales. ¿Puede un cambio moral ser inducido o conducido por regulaciones y programas políticos especiales? Los estados generan sus intervenciones a través de mapas que simplifican y hacen legible la sociedad, pero estas tareas de ingeniería social no son viables cuando el orden que pretende crearse tiene un fundamento moral. Efectivamente, la misma idea de proyecto de moralización es impracticable. La ingeniería social de moralización que se proyecta con la mediación tiene una dificultad en el mismo planteo del proceso: la (re)moralización de la sociedad no es posible llevarla a cabo de manera ingenieril mediante la aplicación de programas políticos, ni de mediación ni de ningún tipo. Sostenemos que la moralización, como aquí se plantea, es imposible. No obstante, ella se pone en práctica, con errores o éxitos,

¹⁷ Etzioni Amitai, *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 33.

¹⁸ La misma definición del concepto *mapa* es sugerente. Santos sostiene que los mapas son constructos que *distorsionan* la realidad a partir de tres mecanismos: la *escala*, que subvierte la relación entre la distancia en el mapa y la del terreno; la *simbolización*, porque son señales de los elementos y características de la realidad espacial seleccionados, y en la *proyección*, porque distorsionan la realidad, pero de manera guiada por reglas conocidas y precisas. Santos, Boaventura de Sousa, “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción postmoderna del derecho”, *Nueva Sociedad*, núm. 116, noviembre-diciembre, 1991, pp. 18-38.

pero funciona; en consecuencia no se puede asumir una salida rápida y corta para desestimarla como programa de moralización. Al respecto diremos que si bien pensamos que la moralización es imposible, también creemos en su puesta en práctica: el programa cuenta con correcciones *ad hoc* no previstas en el diseño o mapa, pero que hacen posible el funcionamiento del programa.

V. VOLUNTARIEDAD INDUCIDA: LA PARADOJA QUE HACE FUNCIONAR LA MEDIACIÓN

El caso particular de la mediación extrajudicial genera una paradoja. Ella convoca a la ciudadanía a que de manera voluntaria tome parte en estos procesos. Esto quiere decir que el programa presupone que existen ciudadanos dispuestos a decidir por sí mismos llevar a estas instancias sus problemas más cotidianos, y para que esto suceda los sujetos deberían tener algún tipo de compromiso o responsabilidad sociales que les haga elegir voluntariamente la mediación como instancia para resolver sus conflictos. Es decir, para que los programas funcionen se necesita personas dispuestas a llevar voluntariamente “a mediación” sus problemas.

Pero, al mismo tiempo, en las justificaciones dadas del programa se nota cómo se espera también que cambie la forma de encarar la solución de las disputas por parte de los ciudadanos, esto es, elijan resolverlos por una vía pacífica y negociada: la mediación. Entonces, para que la mediación (extrajudicial-voluntaria) funcione se necesita personas comprometidas y con deseos de llevar a buenos escenarios sus relaciones sociales. Pero al mismo tiempo, la mediación pretende generar estos compromisos, crear un nuevo modelo de convivencia social en la que los conflictos se resuelvan por mediación y no de otras maneras más litigiosas y menos virtuosas. La paradoja reside en que la naturaleza de la mediación es voluntaria, pero si no se cuenta con los recursos de voluntariedad (ciudadanos dispuestos a llevar por su propia cuenta sus problemas a instancias de mediación), entonces hay que generarlos de alguna manera.

El programa supone sujetos que voluntariamente estarán dispuestos a llevar sus conflictos a mediación, pero al mismo tiempo estos sujetos no existen como tales, por lo cual hay que generarlos, y la generación de “esta cultura” es parte del mismo programa. No puede ser obligatorio, porque esto iría en contra de la misma naturaleza de la mediación. Es de-

cir, en la base del programa está la voluntariedad, pero no existen sujetos “previamente voluntarios” dispuestos a mediar;¹⁹ justamente esto debería ser un logro del programa. En la misma puesta en práctica del programa se resuelve la inducción u “obligatoriedad” de la voluntariedad. Las instituciones intermedias que son las que derivan casos a mediación, aunque no previstas en el mapa gubernamental y no reconocidas con tal papel, son necesarias para el funcionamiento del programa. Estas instancias facilitan el tránsito de lo voluntario a lo no voluntario. La voluntariedad aparece como construida o facilitada por estas instancias, sin las cuales no habría casos para mediar extrajudicialmente.

En definitiva, lo que los actores responsables del programa ven como un problema de falta de difusión del mismo, se convierte en realidad en una pregunta para indagar: cómo estos mecanismos no estipulados programáticamente, construyen el tipo de sujetos previstos en los programas de mediación, resolviendo en definitiva la paradoja de inducción de la voluntariedad.

VI. MEDIACIÓN, MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y JUSTICIA²⁰

Un tema que no puede dejarse de señalar es la relación entre mediación y justicia, para lo cual es necesario acudir a la diferencia entre mediación judicial —desarrollada en centros judiciales, por abogados y con demandas judiciales de por medio— y extrajudicial.

Aunque la mediación judicial no comparte completamente los fundamentos y procedimientos con el modo tradicional de ejecutar justicia —y por eso es mediación y no un proceso judicial estricto—, está asociada de manera más directa con la justicia que la mediación extrajudicial.

La mediación judicial es un modo de ejercicio de la acción pública: sus objetivos son importantes: regularizar ciertas situaciones, poner punto final a las diferencias de poca gravedad entre personas destinadas a vivir

¹⁹ Esta afirmación es posible a partir del dato de que los casos no llegan por cuenta propia, sino derivados de otras instancias institucionales del gobierno o la sociedad civil.

²⁰ Lo jurídico en términos sencillos puede ser entendido como aquello que es concebido como “lo justo” por un grupo social. Lo “jurídico” formaliza lo justo materializándose para el derecho en aquello que se conoce como “norma jurídica” o “sistema de justicia”. Mockus, Antanas y Corzo, Jimmy, *Cumplir para convivir*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Unibiblos, 2003, p. 24.

juntas. Pero hay que subrayar que esta mediación está y debe seguir estando en el marco de la institución judicial: la infracción permanece, con la eventualidad de una sanción penal, y la reparación es esencial.²¹

Como el éxito de la tarea dependerá de la perspicacia de un mediador que trabaja a la sombra de la institución judicial, unido estrechamente con ella, aquí sí es posible hablar de un mediador como un conciliador de justicia. “La misma tarea, la misma función”.²²

Están los que dicen que la mediación no pertenece al ámbito judicial, y que pretender introducirla sería desnaturalizarla. Sin embargo, aquí reconoceremos que la mediación no imparte justicia, excepto en los casos en que haya homologación judicial, momento en la que se convierte en vinculante y adquiere un carácter de sentencia. En el resto de los casos, especialmente en la mediación extrajudicial y en los casos en que las partes no deciden homologar los resultados del proceso, la mediación no es un proceso que haga justicia, sino que busca acuerdo. En Córdoba, por ley, cualquier acuerdo al que haya llegado una mediación judicial puede ser negado por el tribunal cuando ese acuerdo afecte a la moral, las buenas costumbres y el orden público.²³ Es decir, la mediación judicial no procede como la justicia, pero en algún punto tiene un referente externo que lo avala o no.²⁴

En cambio, la mediación extrajudicial no tiene vínculos directos con la justicia. ¿Por qué la mediación no hace justicia? En primer lugar, porque no procede según los cánones de la racionalidad formal propia del derecho positivo, con lo cual las decisiones no se someten a los parámetros clásicos de restricción de las sentencias judiciales (texto de las normas aplicables a los casos, jurisprudencia o precedentes, convenciones sociales). Esto no es ni esperable ni posible.

²¹ Six, Jean-François, *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 121.

²² *Idem*.

²³ “Cualquiera de las partes puede solicitar la homologación del acuerdo. El Tribunal podrá negar la homologación, fundando su resolución, cuando el acuerdo afecte a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Esta resolución será recurrible por las partes. Firme la resolución, el acuerdo le será devuelto al mediador para que junto con las partes, en una nueva audiencia, subsanen las observaciones o en su caso den por terminado el proceso”. Artículo 23, Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba, núm. 8.858.

²⁴ Tal vez esta diferenciación no sea demasiado rigurosa. Sin embargo, para los objetivos de este proyecto es suficiente.

En efecto, la función del juez es recordar o afirmar el derecho y hacer aplicar el derecho, conjunto de reglas instituidas para permitir la vida en sociedad asegurando el orden necesario. En cambio, el cometido esencial de la tercera persona, sea cual fuere su nombre, encargada de intervenir entre las dos partes enfrentadas, es encontrar un acuerdo entre ellas, buscar una solución de compromiso respetando los intereses de cada una de ellas y no sólo el de la parte que debería beneficiarse de la regla del derecho, ni ponerse en contra de la parte que violó la regla del derecho. ... Propiamente hablando la mediación no “hace justicia”, pues sólo la justicia imparte justicia.²⁵

En la separación de la justicia y la mediación como dos ámbitos diferentes se pone el énfasis en los fundamentos de ambas, los cuales son completamente diferentes: en el origen de la mediación está la idea de que no hay una referencia exógena posible a una ley abstracta, a principios abstractos, a procedimientos abstractos; contra el aspecto racional y formalista que estructura las relaciones entre justicia y justiciable.²⁶ Pierden sentido entonces las reflexiones que nombran a la mediación como “justicia más próxima a la gente”, “justicia informal”, “justicia comunitaria”, “justicia popular”. Estas nociones las interpretaremos por ahora como cuestiones estrictamente retóricas. Otras visiones más extremas piensan que los efectos de la mediación serán tales que cambiarán el modo mismo de entender la justicia en occidente.

La mediación vuelve a llenar de contenido el valor de justicia ya que no hay una mejor forma de dar a cada uno lo suyo, de hacer justicia, que la de obtener de todos y cada uno de los que participan de un conflicto quieran resolverlo, aceptando recibir como propio lo que acuerden entre sí; a esto apunta la mediación, y si prospera su práctica en nuestra cultura occidental variaríamos el modo de entender la justicia, ya que concretaríamos el criterio valorativo en la voluntad misma de las partes.²⁷

²⁵ Six, *op. cit.*, nota 21, p. 119.

²⁶ Esta reflexión podría perfectamente corresponder a la mediación judicial también, pero por los motivos señalados antes, sostendremos que sólo la extrajudicial *no hace justicia*.

²⁷ Gottheil, Julio (1996): “La mediación y la salud del tejido social”, en Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps.), *op. cit.*, nota 7, p. 224.

Sin duda, esta afirmación sólo es una proyección vaga, por lo cual sólo en estos términos podrá ser tenida en cuenta, y seguiremos afirmando que la mediación no hace justicia.

Ahora bien, la discusión sobre si la mediación imparte o no justicia puede ser de menor importancia si en lo que estamos pensando es en la posibilidad de mejorar el sistema judicial agilizando su marcha: si este es el punto de vista, luego se vuelve irrelevante la discusión sobre el cómo operan los procesos. Sin embargo, no es este el enfoque que se pretende destacar. Antes bien, este proyecto sitúa la mirada en los otros resultados que específicamente la mediación extrajudicial pretendería alcanzar. Entonces, sí es importante tener claro que la mediación extrajudicial no imparte justicia. Esto, a su vez, ayuda a fortalecer el interés por la indagación de los aspectos normativo-morales del programa de mediación.

¿Cuáles son las implicaciones de sostener que la mediación no imparte justicia?

Primero, como ya dijimos, ella no viene a resolver un problema ni de legitimidad ni de funcionamiento del poder judicial.²⁸ Segundo, la mediación no busca justicia, sino acuerdo y negociación. ¿Será que éstos se traducen en los fines mismos y no medios de la mediación?²⁹ Tercero, que la mediación no haga justicia, implica que la ley no es el único recurso con la que se puede resolver un conflicto cualquiera. De hecho, Oyhanarte, al señalar que la mediación es la técnica más adecuada para la resolución de los más variados conflictos, argumenta que la ley es coercitiva más que consensual, jerárquica más que democrática, rígida y predeterminada más que flexible. Fabrica un perdedor y un ganador. Crea una ficción de objetividad. No hay lugar para los sentimientos heridos, no hay comprensión de la paradoja. Es racional, pero carece de sabiduría.³⁰

²⁸ Luego, estaría cuestionada su potencialidad para democratizar el acceso a la justicia. Sin embargo, sobre este punto hay opiniones que expresan lo opuesto: su aplicación en el ámbito comunitario [extrajudicial] no es una privatización de la justicia, sino precisamente lo contrario. “Es retornarla pública nuevamente, sacándola de los espacios cristalizados donde hemos sido privados de lo que nos es propio. Lo privado hoy son los tribunales que nos enajenan, los procedimientos escritos de una justicia civil que nos aleja, la utilización de una jerga incomprendible para aludir a nuestros propios problemas.” Schvarstein, *op. cit.*, nota 9, pp. 227-252.

²⁹ En los métodos de mediación, existen dos escuelas, la del *acuerdo* y la de la *recomposición de las relaciones sociales*. Esta última, que supone una visión transformadora, es la escuela en la que se basan los programas de Córdoba.

³⁰ Oyhanarte, *op. cit.*, nota 8, p. 30.

Por otra parte, que la mediación no se atenga a un parámetro externo y formal como el derecho positivo, no quiere decir que en ella prime la libre voluntad de los mediadores en cada caso. Más bien, las decisiones que se toman en la mediación expresan determinadas concepciones que privilegian ciertos valores y presupuestos sociales, y aunque indirectamente, implica también que hay una imagen de la sociedad y de sus formas de resolver conflictos en las cuales se quiere intervenir para modificar o generar nuevas prácticas.

VII. EL PROYECTO MORAL Y LAS PRÁCTICAS DEL GOBIERNO DE LO SOCIAL

La idea de que en los programas de mediación extrajudicial reside un proyecto de moralización social encuentra un sustento en algunos postulados derivados del mismo programa: se presupone una manera virtuosa de relaciones entre sujetos y convivencia cuyo potencial resida en el ámbito de deberes y responsabilidades a las que el sujeto cree que ha de responder y no en el de los impuestos por normas y regulaciones. Éste es el contenido moral del programa. Sin embargo, como diría Bauman,³¹ en rigor estos argumentos sólo son racionalizaciones políticas y justificaciones ideológicas de las medidas adoptadas. El problema moral contenido en la mediación extrajudicial es un fenómeno que debe ser comprendido en sí mismo. ¿Desde dónde es posible pensar elementos para comprender el fenómeno?

La moralización como proyecto de sociedad es un tema recurrente en las formas que ha tomado la relación entre Estado y sociedad y se inscribe en los deseos de construir sociedades que tengan como guías universales a seguir ciertas prácticas y rituales de una vida pública de manera homogénea casi en todos lados, lo cual no sólo lleva a la construcción de la buena sociedad, sino que al mismo tiempo lleva a la noción de buen gobierno. Como sostiene Chakrabarty, el mundo de los estados modernos funciona como una estructura de relaciones que tiene la característica de ser un modelo capaz de reproducirse en diferentes niveles, entre naciones, entre grupos étnicos modernos, entre castas.

³¹ Bauman, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2000.

Esto constituye la idea liberal del pluralismo competitivo, y es una idea que nos ha acompañado desde la segunda mitad del siglo XVIII y ha sido empaquetada en la idea de civilización. Cuando ésta fracasó, en el siglo XIX se prefirió hablar de progreso, y en el XX de desarrollo, pero la idea siempre fue la misma: la construcción de grupos sociales cuyo nivel de éxito sea perfectamente medible a partir de algunos indicadores universalmente aplicables. Existe una sensibilidad que hace que algunos patrones sean modelo a seguir para el resto del mundo. Todos participamos en esta sensibilidad, que está basada en mecanismos de los estados modernos y en requisitos universales para la gobernabilidad.³²

Las proyecciones de sociedades moralmente buenas no son del todo nuevas, aunque a juzgar por los fracasos y por la insistencia en su continuidad parecería que las poblaciones y realidades sociales constantemente las desafian.³³

El proyecto de (re)fundación de lazos morales que constituyen los programas de mediación está en consonancia con el concepto de gubernamentalidad en el sentido que la usó Foucault que, como señala Rose, implica las deliberaciones, estrategias, tácticas y dispositivos que las autoridades utilizan para construir y actuar sobre la población y sus componentes para asegurar lo bueno y evitar lo malo.³⁴ A partir del desmantelamiento producido por el Estado neoliberal, cambia el sentido de control y lo social se rearticula como territorio de las prácticas de gobierno.³⁵ La rearticulación de lo social deviene en un cambio del sujeto de gobierno, en donde la referencia ya no es hacia grandes colectivos, sino hacia lazos y vínculos más reducidos: en estos casos, la comunidad, que ocuparía el lugar de lo social, no es sólo un territorio de gobierno, sino un medio de gobierno: sus relaciones, lazos, fuerzas y afiliaciones son celebradas, es-

³² Chakrabarty, Dipesh, *Habitations of Modernity*, Chicago, University of Chicago Press, 2002, p. 90.

³³ *Idem*.

³⁴ Rose, Nikolas, “The Death of the Social? Re-figuring the Territory of Government”, *Economy and Society*, vol. 25, núm. 3, August, 1996, p. 328.

³⁵ Rose, *op. ult. cit.*; Dean, Mitchell, “Risk, Calculable and Incalculable”, en Lupton, Debora (ed.), *Risk and Sociocultural Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 151-139; Burchell, Graham, “Liberal Government and Techniques of the Self”, *Economy and Society*, vol. 22, núm. 3, agosto, 1993, pp. 267-282; Lupton, Debora, “Introduction: Risk and Sociocultural Theory”, en Lupton, Debora (ed.), *Risk and Sociocultural Theory*, *cit.* en esta nota, pp. 1-10; O’Malley, Pat, “Governmentality and Risk Society”, *Economy and Society*, vol. 28, núm. 1, February, 1999, pp. 460-484.

timuladas, educadas, formadas e instrumentalizadas en la esperanza de producir las consecuencias que son deseables para todos y para cada uno.³⁶

Estos lenguajes políticos llevan a definir ciertas maneras en las que un conjunto de asuntos se problematizan y se diseña estrategias y programas para su intervención. Se configura un territorio sobre el que estas estrategias deberían actuar y se extienden a la especificación de sujetos de gobierno, como individuos que son, potencial o efectivamente, sujetos de obediencia a un conjunto de valores, creencias y compromisos.³⁷ La mediación es un caso en el que se expresa esta lógica. Se apela a los sujetos como individuos morales con lazos de obligaciones y responsabilidades, sujetos que son responsables de sí mismos, pero que, a la vez, tienen ciertos lazos de afinidad a una red circunscrita con otros individuos: grupos de familia, localidad, compromiso moral, etcétera.³⁸ En el proyecto de moralización de la mediación, el sentimiento de responsabilidad, no sólo para con uno mismo sino hacia el grupo social, es un pilar fundamental.

En el lenguaje de la gubernamentalidad para la administración de lo social, obligaciones y responsabilidades morales se traducen en conciencia cívica, ciudadanía educada y participativa democrática. De aquí se deriva un supuesto fundamental: “la idea de que estas categorías no sólo son postulables universalmente sino que además son un conjunto de preceptos y técnicas que pueden aprenderse y convertirse en objeto pedagógico”.³⁹ Pensar que un proyecto de moralización puede implementarse desde programas políticos es estar convencidos no sólo de que “lo moral” es un “contenido” que se puede “enseñar”, como cualquier otro, sino que los sujetos puedan responder y apropiarse de él en un proceso de formación asistida por el Estado.

¿Dónde reside el problema? En que las prescripciones sobre la definición de lo público y lo bueno, por lo general, están en desigualdad o discontinuidad con las formas de comunidad y lazos sociales que dan forma a los espacios sociales reales. Como dice Chakrabarty, en las raíces gubernamentales de la moralidad moderna, el problema no se encuen-

³⁶ Rose, *op. cit.*, nota 33, p. 335.

³⁷ *Ibidem*, p. 331.

³⁸ *Ibidem*, p. 334.

³⁹ Chakrabarty, *op. cit.*, nota 32, p. 58.

tra tanto en relación a los valores morales en sí mismos, sino en cuanto a su carácter abstracto y pretendidamente universal.⁴⁰ La apelación a grupos societales de pequeña escala (comunidades) lleva a preguntarnos si la comunidad se construye para resolver un problema o si en realidad se busca tipos de problemas que puedan ser solubles por la comunidad, es decir, la comunidad emerge como un medio que en sí mismo puede generar resultados deseados. Sin embargo, ¿cuál es la posibilidad que esta retórica tiene de configurar la realidad? Es una construcción de una forma de afiliación social cuya función puede ser la de mantener a los sujetos en posiciones morales que no tienen en sí misma ninguna eficacia práctica. El problema también reside en la certidumbre y la naturaleza con la que se establecen estos temas. La interpelación discursiva que funciona en nombre de algo llamado comunidad enfrentada a las complejas estrategias de identificación cultural lleva a preguntar ¿qué sucede con las identidades sociales y subjetivas en estos procesos en los que se elabora e implementa una red de dispositivos y mecanismos para la moralización social?

Los intentos de (re)moralización de la sociedad dejan una impronta en los grupos sociales; éstos, si bien no son perfectamente maleables y “educables” en moral, tampoco permanecen como islas de inmunidad. En definitiva, es necesario detenerse en el tipo de anclajes que estos proyectos tienen, así como en los entramados y reglas sobre los que en verdad se erigen estos programas. Los programas de mediación son un caso en donde se interpela a una sociedad, pero aquí se manifiestan serias discontinuidades.

Finalmente, queda pendiente la elaboración de una guía programática para abordar el problema que aquí se ha planteado y así intentar responder las preguntas planteadas. Resumiendo las reflexiones anteriores, la investigación debería estar orientada a indagar en profundidad el proyecto de (re)moralización que se vislumbra en la mediación extrajudicial; su horizonte de referencia y el tipo de relaciones sociales y culturales que

⁴⁰ *Ibidem*, p. 80. Chakrabarty analiza este problema en torno a lo que sucedía con la representación comunal en India, que con los censos se daban bancas legislativas con un criterio proporcional, que en nada se acercaba a la definición de los lazos comunitarios existentes. Así, las comunidades pasaban de tener límites borrosos a completamente definidos, pero estos cambios no representaban un cambio de conciencia. No es que gradualmente alguien era reconocido como grupos representados, sino que un conjunto de personas se volvía al mismo tiempo sujetos completamente inventados (p. 88).

enmarcan la convivencia y el conflicto en los grupos sociales a los que se dirige el programa.

A partir de aquí se propone dos grandes dimensiones que interesa destacar como planos analíticos: la político-institucional y la de los aspectos de los contextos sociales.

La primera de ellas permitirá entender el cómo y el por qué de la moralización como programa de gobierno, definir cuál es el contenido moral del proyecto, explicar por qué razones el proyecto de moralización ha tomado este destino (es decir, por qué adquiere la forma de mediación y no de otra cosa). Para esto habrá que reconstruir el contexto de producción de la ley y los programas de mediación (es decir, cómo y por qué se convierte en un asunto público), los dispositivos legales e institucionales que se crea o pone en marcha para que los programas operen, los mecanismos con los que se vincula o distancia del sistema jurídico formal, así como el marco normativo legitimador, es decir, qué discursos particulares la sustentan, qué criterios y esquemas valorativos se destacan en la ejecución de posprogramas, en qué se forma a los mediadores y cómo éstos aplican los esquemas).

La segunda dimensión permitirá acceder a un entendimiento profundo de reglas y lógicas que constituyen la realidad de los grupos sociales hacia los cuales se dirigen los programas de mediación. Esto implicaría estudiar cuáles son las consecuencias sobre las moralidades y sobre las formas de convivencia y sistemas de regulación (moral, cultural, legal); acercarse a la comprensión del conflicto en las comunidades en estudio, examinando no sólo sus significados, sino los procedimientos y tipos de tratamiento que se le da cotidianamente.