



FLACSO
MÉXICO

**EN EL NOMBRE DE UNA IDEA DE ESTADO: MORALIZACIÓN
SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS EN CÓRDOBA, ARGENTINA.**

Tesis que para obtener el grado de
Doctor en Ciencias Sociales con Mención en Sociología presenta:

Paula C. Mussetta

Director de tesis: Dr. Fernando Escalante G.

México DF, julio 2007.

FLACSO

.....SEDE ACADÉMICA DE MÉXICO.....

**EN EL NOMBRE DE UNA IDEA DE ESTADO: MORALIZACIÓN
SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS EN CÓRDOBA, ARGENTINA.**

Tesis que para obtener el grado de
Doctor en Ciencias Sociales con Mención en Sociología presenta.

Paula C. Mussetta

Director de tesis: Dr. Fernando Escalante G.

México DF, julio 2007.

AGRADECIMIENTOS.

La historia de este trabajo comienza tres años atrás y desde ese momento muchas personas contribuyeron no sólo a que pudiera realizarse sino a que tomara determinados rumbos.

El Seminario de Tesis *Procesos socioculturales y dinámicas de interacción* del Doctorado de FLACSO fue el primer lugar en donde algunas ideas se transformaron en un proyecto de investigación. Las charlas y discusiones que allí mantuvimos resultaron fundamentales y por eso un reconocimiento a sus directores Cecilia Bobes y Santiago Carassale así como a mis compañeros del grupo.

A Fernando Escalante, mi director; y a los miembros del comité evaluador, Antonio Azuela y Santiago les agradezco las ideas, sugerencias y recomendaciones de los que esta tesis se ha nutrido. Les agradezco a los tres la generosidad demostrada en la formación y la capacidad para compartir sus conocimientos; su paciencia y apoyo constante sirvieron de estímulo a lo largo de todo el proceso de elaboración de esta tesis.

Finalmente un reconocimiento especial a la Coordinadora de PROMARC, Débora Fortuna, quién me abrió las puertas a la *comunidad mediadora* de Córdoba. Su colaboración resultó determinante para que el trabajo de campo esta investigación pudiera llevarse a cabo.

México DF, 12 de julio 2007.

INDICE DE CONTENIDOS.

INTRODUCCIÓN.....	3
1. Un objeto y un punto de partida para una investigación.....	3
2. Mediación en Córdoba: su trayectoria legislativa.....	9
CAPÍTULO 1: MEDIACIÓN, ESTADO Y MORALIZACIÓN.....	34
Introducción.....	34
1. El valor del cambio social en la ideología de la mediación.....	34
2. Lo moral en los programas políticos y la dificultad del derrotero.....	40
CAPÍTULO 2: ESTRUCTURA DEL CÓDIGO MORAL DE LA MEDIACIÓN.....	55
Introducción.....	55
1. El diagnóstico sobre el problema.....	56
2. La constitución de un sujeto moralizador.....	67
3. El contenido específico del código moral.....	84
4. La justicia es el enemigo del proyecto moralizador.....	98
5 ¿Cómo moraliza la mediación?.....	107
CAPITULO 3: TRAS LAS PISTAS DE LA DEFINICIÓN DE UNA IDEA DE ESTADO EN LA MEDIACIÓN.....	117
Introducción.....	117
1. El Estado desde el Estado: actores, imágenes y prácticas.....	118

2. Público y privado. El papel de lo técnico paraestatal en el modelo de gobierno de la mediación.	131
CAPITULO 4: INCONSISTENCIAS E IMPOSIBILIDAD DE LA MORALIZACION.	144
Introducción.....	144
1. La ineludible relación entre la ley y la sociedad.	145
2. El dilema de la obligatoriedad: un atentado a la moralización.....	157
3. El lugar del derecho.	169
UNA MANERA DE CONCLUIR.	180
1. La moralización, el sino de la mediación.....	181
2. El manejo del conflicto como un ámbito de desbidujamiento de lo público a favor de lo privado.....	185
3. La especificidad de los sujetos sociales en el modelo del mercado en el proyecto neoliberal.	187
4. Una definición armónica de justicia (y del derecho en general).	190
5. Algunas otras ideas para continuar la reflexión.....	193
ANEXOS: LEY N° 8858 LEY DE MEDIACIÓN	196
BIBLIOGRAFIA.	211

INTRODUCCIÓN.

1. Un objeto y un punto de partida para una investigación.

Esta tesis se ocupa de un intento explícito de cambiar el clima moral imperante en una sociedad -un proyecto de moralización- a partir de un programa de resolución de conflictos implementado desde el Estado al que comúnmente se llama *mediación*.

No es posible dar una única definición de *mediación*. No obstante hay rasgos comunes a todas las prácticas denominadas *medios alternativos de resolución de disputas*. Pueden tener una base jurídica o no, pueden ser estatales o civiles, pueden ser procesos más o menos institucionalizados, pero en general, como sostiene Abel, declaran, amplían y/o modifican normas en el proceso de control de conductas y manejo de conflictos. Las formas de mediación son a menudo informales y no están burocratizadas: minimizan la incursión de profesionales evitando el uso de la ley formal en favor de normas sustantivas y procedimentales que son vagas, no escritas, de sentido común, ad hoc, flexibles y particulares. Cada instancia de justicia alternativa tendrá algunas de estas características en algún grado, aunque en ningún caso todas estas características estarán completamente desarrolladas. (Abel 1982:2)

La iniciativa de mediación seleccionada como caso de este trabajo es un proyecto de gobierno en el que se expresa un modelo de ingeniería social para la reconstitución de lazos morales. En otras palabras, los programas de mediación forman parte de un programa estatal que incluye el propósito de configurar y reforzar un orden moral de la sociedad. Al análisis de esa lógica interna al programa está dedicado este estudio. Este es el primer y más importante supuesto con el que vamos a tratar. Para expresarlo nos basamos en las justificaciones de este programa político. *“El objetivo general que se pretende alcanzar a través del programa es el de implementar y desarrollar la mediación en todo el ámbito de*

todos los habitantes recuperando valores tales como la solidaridad, el respeto y el reconocimiento por el otro, la autodeterminación y la equidad."¹ El componente normativo de la mediación, que refiere a un modelo de sociedad ideal, permite pensar que la mediación es propuesta como una herramienta que por sus bondades permitiría acortar la brecha entre la sociedad real y un modelo de sociedad deseada. "Es importante aceptar que la mediación es una herramienta nueva, un sendero espiritual, una necesidad política, un desafío ético." (Oyhanarte 1996: 35) La idea de que en los programas de mediación reside un proyecto de moralización social encuentra un sustento en algunos postulados implícitos en el mismo programa: se presupone un tipo de relación social virtuosa, una forma de convivencia no fundada en normas y regulaciones impuestas, sino en deberes y responsabilidades a los que el sujeto se sienta obligado a responder. Éste es el contenido moral del programa.

En el tipo de intervenciones a las que nos referimos el Estado asume la responsabilidad por el tipo de sociedad y las formas de relación, y pretende producir un nuevo modelo de convivencia ciudadana a partir del desarrollo en los sujetos de determinados valores. En consecuencia es materia de acción política el diseño de dispositivos institucionales destinados a generar este contexto social. Se trata de políticas altamente cargadas con componentes normativos en los que se resaltan valores; orientadas a incidir en los modos de vida de las personas, en sus hábitos y relaciones cotidianas.

1 Débora Fortuna, Coordinadora del Centro Público de Mediación de la Provincia de Córdoba.

Los estatutos que rigen la mediación tienen carácter jurídico (porque existe una ley de mediación) y además ella se organiza, rige y funciona en el marco institucional de la justicia y del poder ejecutivo. Si pensamos el derecho como modo de organización de las relaciones sociales, el Estado resalta como figura central. A la mediación también le corresponde o al menos interesa el ordenamiento de las relaciones sociales, especialmente el conflicto entre personas. No obstante no pretendemos comparar la mediación con el derecho como modo de coordinación social: sería una tarea irrelevante e impropia. Lo que queremos expresar es que el campo del conflicto es un campo previamente jurídico y la mediación viene a introducir modificaciones en ese campo porque incorpora criterios y actores distintos a los jurídicos para la *administración* del conflicto y las desavenencias entre personas. Como veremos, cuando la mediación se mantiene en el ámbito de la justicia las modificaciones (de actores y criterios que rigen la resolución de conflictos) no son tan drásticas. Pero cuando la mediación se sale del ámbito judicial las diferencias son más nítidas y sustantivas, tanto que podríamos plantear que la resolución de conflictos por fuera del ámbito judicial implica una *de-juridificación* de un ámbito previamente jurídico. Pero al mismo tiempo se podría argumentar que el campo de problemas de la mediación fuera de la justicia no se solapa con el campo de problemas que corresponden a la justicia; es decir en tanto la mediación no judicial se ocupa de problemas menores que no *caben* en la justicia, se está extendiendo hacia un ámbito previamente no regulado por el Estado. Es en este sentido que afirmamos que la mediación es parte de una estrategia de gobierno que promueve el orden extendiendo la autoridad estatal hacia regiones o campos sociales previamente no regulados por él. Pero además en este nuevo tipo de coordinación el Estado convoca a actores diferentes de él, actores privados, a incorporarse a esta tarea. Así la mediación nos sitúa ante un mapa de complejas pero sobre todo ambiguas relaciones entre aspectos jurídicos y no jurídicos, estatales y privados. Este argumento sobre la regulación estatal de nuevos campos, junto a la modalidad que esto adquiere nos obliga a indagar si la mediación nos presenta un nuevo o diferente modelo de coordinación estatal, pero especialmente a dilucidar de qué trata el mismo, a quiénes involucra y con qué expectativas. En definitiva el estudio de la mediación en tanto proyecto de moralización social es un área desde la cual preguntarnos por el concepto de Estado que allí se manifiesta e intenta definirse.

En principio el modelo de mediación con el que estamos tratando sitúa al Estado en el centro del análisis. Pero pretendemos considerar al Estado no en un sentido clásico institucional, como ente dado y jerárquico, coherente y estrictamente racional. Necesitamos un concepto de Estado que se reconozca permeable a la acción de gobierno y a los sujetos que forman parte de él; y que, por otra parte, permita ver las lógicas con la que piensa, diseña e implementa el gobierno de lo social. Por eso, la perspectiva que interesa es una que mire al Estado desde un enfoque cultural, y el análisis que desarrollaremos constantemente resalta las negociaciones y contradicciones entre una dimensión de las significaciones – imágenes y representaciones- y una institucional –burocrática organizacional-. La articulación entre estas dos dimensiones atraviesa todo el texto.

Especialmente nos interesa un enfoque como este porque él evidencia una dificultad general pero elemental para nuestro caso: lo complejo e intricado que puede resultar la intervención política orientada a desarrollar en los sujetos determinados valores y modos de vida para generar modelos específicos de sociedades, tal como lo propone la mediación. Este tipo de dificultades serán desarrolladas en extenso en el primer capítulo, pero son la base sobre la que se asienta el análisis completo, por eso es importante aclararlo desde el inicio. Es más, la inquietud original que motiva esta investigación es la duda sobre el postulado acerca de la efectividad –esto es, de la consecución de los objetivos- de una intervención gubernamental como la de la mediación para generar reglas morales. La suspicacia es parte fundamental de la trama de todo este estudio y debe ser considerada como la clave de lectura del mismo.

La investigación es un estudio de caso. Por lo tanto la selección de la información estuvo determinada principalmente por el criterio temporal marcado por el inicio de la mediación en la provincia de Córdoba, Argentina (año 1995 como punto de origen del debate parlamentario). No obstante ocasionalmente nos referiremos al período previo, especialmente para entender el origen del proceso. El material empírico proviene de diferentes fuentes: documentos oficiales, fuentes secundarias, entrevistas en profundidad,

observación de casos y participación en cursos de formación y perfeccionamiento de mediadores. Las dos primeras consisten en los proyectos de ley presentados, decretos reglamentarios, estatutos organizativos, manuales de procedimiento, leyes comentadas. Asimismo se realizó un seguimiento del proceso de la trayectoria legislativa de la mediación atendiendo especialmente a las posiciones y argumentos de los legisladores en los debates en el recinto legislativo provincial. Las entrevistas² se realizaron a operadores del sistema, cuidando que cada uno de los aspectos organizativos de la mediación estuviera presente. Es decir, se entrevistó a mediadores abogados y de otras disciplinas; y a coordinadores de todos los tipos de centros. También se entrevistó a quienes elaboraron los diferentes proyectos presentados en las cámaras y a abogados que se oponen a la mediación. La observación de casos junto a la participación en los cursos de formación de mediadores, por un lado y de capacitación constante por otro, generó un útil complemento de las otras técnicas de recolección de información. Todas ellas en conjunto se potencian para dar forma a un corpus lo suficientemente completo y general para lograr los objetivos de esta investigación.

El criterio de análisis de toda la información recogida estuvo definido, en todo momento, por los aspectos del marco teórico analítico del concepto de Estado que manejamos, de manera que las representaciones y en especial los discursos acerca de las prácticas de los actores constituyeron dos ejes fundamentales.

Organización del documento.

El primer capítulo presenta el problema de esta investigación: el proyecto de creación de una sociedad con determinadas características, con un fuerte contenido moral, que se despliega junto con un programa político que interviene en las maneras de llevar adelante los conflictos. Seguidamente se desarrolla la justificación y el encuadre teórico: entender a los actores políticos y sociales de un modo que ponga de manifiesto las complejidades de

² Realizadas todas entre marzo y agosto de 2006.

las intervenciones políticas en las sociedades, especialmente de aquellas que tienen como objetivo el cambio moral de la sociedad.

El segundo capítulo desarrolla lo que llamamos estructura del código moral de la mediación. La pregunta que lo organiza es: en qué consiste concretamente esa moral que desde el Estado se propone generar con la mediación. La estructura de la moral está constituida a partir de varias dimensiones que organizadas e interrelacionadas dan forma no sólo a la moral en sí, sino a la necesidad de generarla, los medios para lograrla y las consecuencias de no realizarla.

El capítulo tres parte del supuesto que en la moralización de la mediación subyace una idea de Estado. Este concepto de Estado que pretende ser defendido es reconocible a partir de las prácticas estatales –especialmente en la distribución de tareas entre actores públicos y privados- ; pero además, y especialmente, en un plano discursivo a partir de cómo los actores definen al Estado mismo, como institución que funciona *en* una sociedad; en segundo lugar cómo construye desde ese lugar un deber ser social y cómo se constituye él mismo como el actor indiscutible para desarrollar esta actividad. En este capítulo *el Estado* está representado en las voces de sus actores: legisladores, funcionarios y mediadores.

El cuarto capítulo intenta mostrar cómo algunos aspectos institucionales y organizacionales al tiempo que delimitan y terminan de dar forma al código moral de la mediación, generan serias inconsistencias que terminan contradiciendo el proyecto de moralización mismo.

El análisis pormenorizado del proyecto moral contenido en un programa para la resolución de conflictos nos llevará a concluir que el mayor problema de la mediación reside justamente en su identidad, en sus fundamentos y objetivos, esto es, en la moralización. La pretensión de desplegar junto con este programa de resolución de conflictos un proyecto de moralización social es lo que llena de paradojas, inconsistencias, ambigüedades a la

mediación. No obstante y más allá de que sus equivocidades son una evidencia constante de lo inasequible que resulta la implementación de un proyecto de moralización, encontramos algunas posibles vías para entender la persistencia e insistencia sobre el mismo. Estas posibles interpretaciones de los motivos residen en la disputa por la definición de una idea de Estado que trata de imponerse.

2. Mediación en Córdoba: su trayectoria legislativa.

El propósito de esta sección es contar la historia de la mediación en Córdoba para situar al lector ante el resto del documento. Contar la historia de la mediación en Córdoba es contar la historia legislativa de esta institución. El objeto de esta investigación, el proyecto moral que se despliega junto con la maquinaria de la mediación, trasciende el texto normativo legal porque indaga en ideas, procesos y fundamentos que por varios motivos exceden el contenido sustantivo de la ley de mediación. No obstante, creemos necesario indagar aunque sólo de manera descriptiva la génesis de la mediación. Proponemos una lectura de cómo las cosas sucedieron desde el inicio que manifieste problemas y confrontaciones. Existe un doble motivo para realizar esta tarea: por un lado el momento legislativo de la mediación es el que la institucionaliza en el ámbito del Estado; en este sentido la ley y el proceso de su generación, constituyen el antecedente inmediato del programa de mediación que aquí estudiaremos. Por otro lado, aunque no realicemos un profundo y acabado estudio sociológico de este proceso de institucionalización, el análisis de su trayectoria es útil porque aporta una idea general del mapa (contexto, actores, intereses, posicionamientos) de la mediación en su etapa legislativa. Es en el marco de las cámaras de diputados y senadores donde se genera un espacio para discutir sobre las posibles definiciones, roles, fundamentos y actores que darán forma a la mediación en Córdoba. Intentaremos además ubicar en el marco legal el lugar y el carácter del contenido moral de este programa. Entender la configuración actual de la mediación requiere un acercamiento que preste relevancia y articule en un todo significativo ciertos acontecimientos que prefiguraron,

constituyeron y consolidaron el actual escenario en el cual tiene lugar nuestra aproximación analítica.

El contexto nacional y la etapa pre-legislativa.

En Argentina, originalmente la mediación fue implementada como una institución que complementaba la acción de los tribunales y los descongestionaba sin menoscabo de la jurisdicción judicial. El primer paso fue una experiencia piloto en Capital Federal durante los años 1994 y 1995, que precedió a la ley nacional del año 1995, ley 24.573 de *Mediación y Conciliación*. Esta ley impuso la mediación como una instancia previa obligatoria para las partes en determinado tipo de juicios.³ En otras palabras, con la ley se incorporó la mediación prejudicial obligatoria para un importante grupo de conflictos jurídicos en jurisdicción nacional y en los juzgados federales civiles y comerciales de todo el país.⁴ Esta mediación es obligatoria porque las partes no son libres de elegir entrar o no al sistema e incluso se prevén sanciones para quienes no la acepten como paso previo al juicio; no obstante, es voluntaria en un aspecto: las partes pueden elegir mantenerse dentro del programa el tiempo que lo deseen y aceptar o no el acuerdo. 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 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. Este punto es problemático; además no podría dar respuesta satisfactoria al modo que adquiere la mediación en Córdoba: veremos que es un dilema que orilla la mediación al borde de la contradicción y la ambigüedad. Por eso se convierte

3 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.

4 El carácter de prejudicial es una de las más importantes diferencias entre la mediación en Buenos Aires y lo que se implementa en Córdoba. Como veremos más adelante, que sea prejudicial implica que no ha iniciado aún un proceso judicial. Claro que no se trata de una voluntad de las partes de no judicializar un conflicto y elegir la mediación. Por el contrario, cuando una de las partes presenta una demanda en la justicia, el caso es derivado de manera automática a estos métodos alternativos.

en uno de los aspectos más problemáticos pero al mismo tiempo sugerentes del estudio de la mediación.

Luégo de la ley nacional varias provincias crearon para sí leyes y programas específicos, entre ellas la provincia de Córdoba, nuestro caso.⁵

El punto de inicio de la mediación en la provincia es anterior a su tratamiento legislativo. En ese momento la mediación se llevaba a cabo en el ámbito de organizaciones de la sociedad civil, especialmente los Colegios Profesionales. En el caso particular del Colegio de Escribanos, una de las primeras experiencias cordobesas, la práctica fue posible debido a la amplitud de la normativa interna sobre las incumbencias profesionales de los colegiados, misma que destaca el deber institucional y compromiso de extensión cultural con la comunidad. (García Cima 2001: 17) En esa etapa, excepto por la falta de apoyos presupuestarios o de divulgación, la ausencia de una reglamentación oficial que rigiera la mediación no impedía que ella se desarrollara. Todo era bastante sencillo porque la mediación era una más en el infinito conjunto de acciones privadas no prohibidas. Pero el proceso legislativo le imprimiría a la mediación no sólo un marco legal regulatorio – aspecto que por el momento parecía no ser imprescindible para que ella existiera- sino que instituiría por primera vez en Córdoba al Estado como el actor principal para dirigir e implementar la mediación. La reglamentación legal situaría al Estado como el coordinador de la experiencia, y aunque las organizaciones civiles tenían su lugar en la ley, una vez que fueran puestas a *competir* con el Estado por un mismo objeto, ya no volverían a tener el protagonismo del comienzo.

El segundo momento prelegislativo de la mediación en Córdoba corresponde a una experiencia de mediación escolar y luego mediación comunitaria implementada en los años 98 y 99 desde la municipalidad de Córdoba. Según narran sus creadores, el desarrollo de estos programas estuvo supeditado a los intereses de quienes en ese momento ocupaban los

⁵ La ley provincial de mediación número 8.858, sancionada y reglamentada en el año 2000 regula la actividad que comenzó a desarrollarse en 1995.

cargos directivos. De esta manera, el programa desaparecía y reaparecía con cada nuevo director.⁶

Aquí sólo nos detendremos a considerar en detalle a partir del momento en que ella fue traducida en un proyecto de ley y comenzó de esta manera su tratamiento en las cámaras de senadores y diputados. Tomamos este punto de inicio para la narración de nuestra historia porque nos interesa especialmente el papel del Estado en este proyecto, y sólo es a partir de su incorporación a la agenda de los legisladores cuando se sientan por primera vez las bases para que sea un proyecto sistemático *del* Estado.

El proceso por el cual esta experiencia que se desarrollaba en la sociedad civil se transforma en un marco legal, implica una transformación de ideas, experiencias, expectativas y también de actores que despierta interesantes inquietudes para el análisis. Pero no es este el espacio propicio para desarrollarlo porque eso implicaría desviar la atención del punto que nos interesa. Sólo rescatamos el hecho que cuando la mediación tomó estado parlamentario ya existían actores con intereses cuya experiencia necesariamente iba a ser modificada. La existencia de una ley implicaba que la mediación ya no podría funcionar dentro del amplio marco de las acciones no prohibidas.

Los primeros movimientos hacia la institucionalización.

Entre los años 1995 y 1997 ingresa por primera vez de la mano del oficialismo —Unión Cívica Radical en ese momento— al poder legislativo el tema de la mediación por dos vías diferentes: la cámara de senadores y de diputados respectivamente. Por cada una de estas dos vías se elaboraron y sancionaron dos leyes — 8612 y 8613— que luego serán vetadas por el poder ejecutivo.

⁶ En la ciudad de Villa María también hubo una experiencia previa a la ley 8858, pero posterior a los primeros debates legislativos. La experiencia de Villa María es una consecuencia de las acciones posteriores al veto de los dos primeros proyectos tratados en la legislatura.

La idea había sido exportada y traída desde Estados Unidos. El primer día de la discusión en el recinto legislativo del proyecto, su autor relata al resto de los senadores el *comienzo de su inquietud* por la mediación en una experiencia personal en San Francisco, Estados Unidos. Comenta cómo allí tuvo la oportunidad de conocer a *uno de los profesores de derecho que más sabe en el mundo sobre el tema de la mediación*. Desde allá trajo la iniciativa y comenzó el trabajo de organizarla en Córdoba previo a encontrar amigos y gente que se interesara en el tema.⁷ Esto es una pista importante para tener en cuenta: la mediación procedía como modelo internacional y hasta el momento esto no era problemático.

Los puntos de acuerdo.

Las posiciones encontradas fueron muchas pero no todo fue enfrentamiento y oposición. O al menos no de forma tan definitiva como para que el proceso se trabara. Antes de reconstruir el proceso de disputa, señalemos los puntos que generaron desde un primer momento consenso.

- *Un diagnóstico sobre la necesidad de la mediación:* Una idea estaba clara y en ella todos coincidían: la sociedad es cada vez más litigiosa y conflictiva. En este marco era importante la mediación porque prometía desacelerar la litigiosidad de la sociedad evitando la judicialización de casi el 60% de los casos –según los registros nacionales-. Es necesario reparar en que el consenso en el diagnóstico supone una relación entre conflicto, mediación y acuerdo que por ahora sólo calificaremos como problemática. Estos aspectos no se cuestionaron en ningún momento del debate legislativo. Por el contrario, en el proceso llegó a naturalizarse la relación

⁷ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Córdoba. Tomo IV. Pág. 2343. La referencia en Estados Unidos es sobre el catedrático Jay Folberg y la experiencia de la ciudad de San Francisco. Nótese que sobre esta misma experiencia en el año 1993 Sally Merry y Neil Milner publicaron una serie de trabajos con una perspectiva bastante crítica acerca de la misma. Casualmente ese texto es una de las referencias fundamentales de esta investigación.

causa-efecto entre nivel de litigiosidad e intervención de la mediación. Nunca se puso en duda o al menos se disputó la idea que asegura que la mediación es una buena medida para bajar el nivel de conflicto de la sociedad. Ni en ese momento ni ahora. Menos todavía se profundizó el análisis cualitativo de ese tan problemático aumento de la litigiosidad.

- *Los principios.* El conjunto de principios que la ley establecía fue otro de los puntos que mayor consenso produjo. Desde un inicio quedó establecido que el procedimiento de la mediación debería asegurar *neutralidad, confidencialidad y comunicación* directa entre las partes. En las sucesivas modificaciones del proyecto original se agregó a la lista el *consentimiento informado*. No fue necesario volver a discutir sobre ellos, excepto en un punto: la introducción de *justa composición de intereses* fue modificada por el de *satisfactoria composición de intereses* justificado en que no era adecuado hablar de *justa composición* porque “en la génesis misma de todo el procedimiento de la mediación se encuentra la figura histórica de la transacción en virtud de la cual las partes mediante concesiones recíprocas ponen fin a sus mutuas pretensiones.”⁸ Dado que el proceso no se atenía al marco del derecho tradicional, no era oportuno referirse al resultado como justo.
- *Los procedimientos.* En cuanto a los aspectos procedimentales las pocas controversias planteadas se generaron en torno los honorarios o remuneración de los mediadores, los requisitos de profesión para ser mediador, y algunos otros detalles que son de poca importancia para el propósito de este capítulo.⁹

⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores N°14. Año 2000. Pág. 1105.

⁹ Per nombrar algunos: los plazos de recusación de los mediadores para no aceptar una causa y los referidos al tiempo que tienen las partes para aceptar la comunicación de asistir a mediación.

Es aún más interesante reparar en los desacuerdos generados entre las distintas posiciones: definir la mediación implicaba decidir sobre tres tópicos:

(1) su lugar respecto del proceso judicial. Las opciones aquí eran instituir la como una etapa dentro del proceso judicial; o previa al mismo; o bien mantenerla completamente ajena y al margen de lo judicial.

(2) que fuera voluntaria u obligatoria.

(3) determinar su ámbito de competencia. Esto suponía conferir poder a tres tipos de actores: el Poder Judicial (encarnado en la figura del Tribunal Superior de Justicia –T.S.J.-); el Poder Ejecutivo (encarnado en un primer momento en la figura del Ministerio de Asuntos Institucionales y Desarrollo Social y luego de la reforma del Estado en 1999 en la del Ministerio de Justicia); y organizaciones de la sociedad civil (especialmente de la Federación y el Colegio de Abogados de la provincia).

Estos tres aspectos marcaron la trayectoria de la discusión legislativa y dieron forma a un debate que ponía en juego nada menos que la definición de la mediación. De estos tres aspectos, el tercero fue el que en definitiva condicionó el proceso entero: el rasgo sobresaliente y que le imprimió un carácter al proceso legislativo fue una clara puja de poderes y posicionamientos entre el poder judicial y el poder ejecutivo.

El proyecto original, “proyecto Savid” como fue reconocido en mención a su autor, siguiendo el modelo vigente en Buenos Aires, proponía que la mediación debía ser prejurisdiccional pero en el marco del poder judicial y obligatoria.¹⁰ Prejurisdiccional significa anterior al litigio pero no fuera del sistema de justicia. Esta opción tenía que ser obligatoria y dado que todos los juicios deberían pasar por mediación antes de iniciar el

¹⁰ Por supuesto que se planteaban excepciones a la obligatoriedad, entre ellas las causas penales.

proceso propiamente dicho, quedaba garantizado que todo el mundo supiera de su existencia.

La obligatoriedad no era lo óptimo, pero se planteaba como imprescindible para que las personas la conocieran. En el capítulo 4 nos referiremos especialmente a las implicaciones de la obligatoriedad y aquí solo la trataremos en cuanto elemento sustantivo conceptual de la mediación. Esta primera definición de la mediación no negaba la mediación privada o extrajudicial, pero tampoco la regulaba. Simplemente no la consideraba.

Los legisladores después de la discusión en comisiones y de una consulta a sectores de la sociedad interesados, propusieron una nueva definición que distinguía la mediación judicial de la extrajudicial. La primera quedaría obligatoria en la etapa previa a la apertura a pruebas pero posterior a la admisión de la demanda: se eliminaba así el carácter de prejudicial que ya no recuperaría. Sería el Tribunal Superior de Justicia quien ejerciera la superintendencia de la mediación judicial, pero éste podría delegar funciones operativas respecto de la administración de los mediadores a los colegios de abogados de la provincia. Mucho énfasis se hizo respecto al carácter necesariamente voluntario de la mediación, claro que lo voluntario era el acuerdo, no la asistencia a la instancia.

La mediación no judicial, quedaba para causas particulares llevadas directamente allí por voluntad exclusiva de las partes, no obstante se regiría por la misma ley. Y era asignada al Ministerio de Asuntos Institucionales y Desarrollo Social. Éste es otro de los aspectos que ya no se modificó.¹¹

La oposición justicialista¹² en el recinto manifestaba la imposibilidad de imaginar la mediación al margen del derecho, por lo tanto no cabía posibilidad de plantear una

¹¹ Excepto porque este Ministerio desapareció y se creó el de Justicia.

¹² Partido Justicialista, el cual junto con otros partidos provinciales luego constituyeron la colación Unión por Córdoba que asumió el gobierno a mediados de 1999.

mediación extrajudicial. Estas mismas críticas se repetían en un despacho propio de un bloque independiente.¹³ Por último, otro de los bloques opositores¹⁴ cuestionaba que el proyecto de la mayoría trataba por igual a la mediación judicial y extrajudicial, las regía un mismo marco regulatorio. La moción de este senador sostenía que la extrajudicial no debía ser reglamentarista porque esto podría llevar al planteo de situaciones absurdas.¹⁵

Luego de haber pasado por la Cámara de Diputados dos modificaciones fundamentales generaron el consenso necesario para una aprobación en general del proyecto. Por un lado, la aprobación de una experiencia piloto por 18 meses. Pero otra más importante todavía era la que indicaba que sería el Tribunal Superior de Justicia quien tendría la exclusividad de regir ambos tipos de mediaciones (judicial y extra). Es decir, en lo fundamental la ley se aprobaba como obligatoria para algunos casos judiciales, voluntaria para todo lo extrajudicial y a cargo del Tribunal Superior de Justicia. Y junto a esta ley, se elevaba otra para crear del Centro Público de Mediación dentro del Superior Tribunal, la ley 8613.¹⁶

13 Senador Prudencio Bustos Argañaráz.

14 Unión de Centro Democrático. UCeDe.

15 En su intervención el legislador argumentaba que reglamentando la mediación no judicial se llegaría a situaciones disparatadas y ponía como ejemplo que si se reglamentaba el arreglo de disputas entre particulares, también podría por ejemplo reglamentarse un sistema para todas las personas que tuvieran accidentes de auto. Éste sistema regularía los servicios del taller de reparación, las matrículas de los chapistas, los plazos para la entrega del auto arreglado, la formación de los chapistas, el tribunal de ética que evaluara el trabajo realizado, y cosas así. Es interesante mostrar la ironía de este senador, porque lo que él estaba cuestionando era que una ley de mediación no judicial se entrometía en asuntos estrictamente privados que caería en el abandono del uso por el tipo de situaciones desprolijas a las que daba lugar. Y en parte esto es lo que sucede actualmente con la mediación extrajudicial. Ver: intervención del Senador Bianco. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores N° 35. Pág. 2364.

16 La ley 8613, un proyecto ingresado por algunos diputados del bloque oficialista, creaba el Centro Público de Mediación como experiencia piloto, dependiendo del Tribunal Superior de Justicia, siendo competente para el desarrollo de la mediación judicial y extrajudicial. El centro estaría integrado por profesionales abogados mediadores en causas judiciales y mediadores de otras disciplinas para las causas extrajudiciales. La prueba piloto se llevaría adelante con juzgados en materia Civil, Comercial, de Familia y Penal los cuales podrían derivar al Centro Público de Mediación aquellas causas que contaran con el acuerdo de las partes. La idea del proyecto elevado por la Diputada Arana –no del aprobado- de creación del Centro establecía que el mismo dependiera del Ministerio de Asuntos Institucionales y Desarrollo Social del gobierno provincial. Así hubiera tenido sentido la existencia de dos leyes. Pero al aprobarse como dependiente del T.S.J., quedó marcada la redundancia con el proyecto de Savid.

El veto.

El 3 de julio de 1997 las Cámaras de Diputados y Senadores de la Provincia sancionan las dos leyes y semanas después fueron vetadas por el Poder Ejecutivo. Los fundamentos técnicos del veto indicaban que ambas leyes legislaban sobre una misma materia: *"mientras una ley crea la Oficina de Habilitación y Registro dependiente del T.S.J. la otra crea en el mismo ámbito el Centro Público de Mediación, que si bien cumplen diferentes funciones, tienen una misma identidad conceptual"*.¹⁷ Sostenía además que la proliferación de la regulación de la materia mediación era innecesaria y afectaba la validez del instituto que creaba al tiempo que acrecentaba la inseguridad jurídica en el nuevo sistema. En el veto el ejecutivo se manifestaba dispuesto a legislar a favor de un procedimiento alternativo para la resolución de disputas, pero indicaba que la experiencia piloto se podía llevar adelante sin necesidad de una nueva legislación. Al respecto sostenía que *"esta nueva forma de solucionar diferendos entre partes no sólo implica un cambio en la legislación, sino también un desafío cultural que de ser socialmente admitido puede traer un beneficio para el Estado y para las partes. Por el contrario, si esta experiencia no es receptada y fracasa, quedará para el Estado una carga presupuestaria innecesaria de alentar."*¹⁸ Lo que luego fue desconcertante respecto del accionar del Poder Ejecutivo fue que un año después volvió sobre el tema desdiciendo algunos de estos fundamentos.

Al año del veto el T.S.J. eleva al Poder Ejecutivo -para que éste envíe a la Cámara de Diputados- otro proyecto de ley de mediación. Será éste el proyecto que finalmente terminaría siendo la ley 8858. En definitiva se trataba de un proyecto casi idéntico al vetado, y esto es lo que siembra dudas respecto a cuáles eran las razones reales del veto. Eran idénticos excepto por dos diferencias. La primera, que ya estaba funcionando la experiencia piloto. En este ámbito, el veto del año 1999 se entiende como la intención de que hubiera una experiencia previa en el Poder Judicial para poder recabar información y datos que pudieran sostener la legislación, y fue el Tribunal Superior de Justicia quien

17 Veto del Poder Ejecutivo. Archivo de la Legislatura Provincial.

18 Archivo de la legislatura provincial. Córdoba, 22 de julio de 1997.

asumió la tarea. La segunda, y tal vez la más significativa, su autor: ya no era un legislador individual sino que era el máximo tribunal de la provincia quien ingresa el proyecto a la legislatura. De esta manera el proyecto desdecía y quitaba importancia a varios de los argumentos del veto.

No todos vieron cumplidas sus expectativas iniciales. Los más desfavorecidos o descontentos, fueron los iniciadores del proyecto. Para ellos el veto obedeció más a una puja de intereses y a que *“nadie quería que saliera la ley del otro. Cuando el Poder Ejecutivo nos avisa a nosotras que estaban a punto de firmar el veto, el gobernador le dice a Savid: no es contra tuyo, pero no me voy a poner en contra un problema, todos han venido a pedirme que no apruebe esa ley.”*¹⁹ El veto respondió a un problema institucional y político pero no al fundamento de la ley. *“Creo que fue un capricho y un pedido del Tribunal Superior y también creo que descubrieron que era un moño muy importante para que se lo pusiera un solo legislador.”*²⁰ El veto nunca fue debatido en ninguna de las dos cámaras, luego esto será criticado por más de un legislador.

La futura 8858: la posición del Tribunal Superior de Justicia.

Como vimos ese proyecto lo elaboró el Centro Piloto de mediación del T.S.J. que ya se encontraba funcionando.²¹ En lo fundamental, el proyecto volvía a sentar las bases del debate acerca de *a quién le corresponde* cargar con la exclusividad de la mediación optando

19 Entrevistas a asesores legislativos. Coautores del proyecto original.

20 Idem.

21 Se indica en el mensaje de elevación a la legislatura que el proyecto fue elaborado en estrecha colaboración de un Consejo Asesor integrado por miembros de la Asociación de Magistrados, el Poder Judicial, abogados en el ejercicio de la profesión, mediadores, representantes del Colegio de Abogados de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Aunque estos son los autores reconocidos por el ejecutivo y el TSJ esta participación es relativa ya muchos actores no se reconocen como interlocutores y sostienen no haber sido tenidos en cuenta.

por el Poder Judicial en su *carácter de único, específico y esencial ámbito en el cual tratar la resolución de los conflictos*.²² Además remarcaba la confiabilidad del nuevo sistema justamente por estar dentro del ámbito tradicional de la justicia y no fuera de él. En cuanto a lo voluntario o no, aunque el texto cita que sería voluntaria, también se instituía excepcionalmente como obligatoria. La excepcionalidad terminaría siendo la cláusula que mayor cantidad de casos aporte, por eso es que hoy coloquialmente se entiende que la mediación judicial es obligatoria. Las mismas excepciones son las que rigen hoy la actual ley y todos acuerdan en que es obligatoria. Esto nos lleva a pensar en la lucha por la inclusión de las definiciones dentro del cuerpo legal. La mediación claramente “es” voluntaria, esa es la primera definición que aparece en el articulado. Al mismo tiempo la definición de las excepciones hace que en la práctica, la mediación sea nombrada como obligatoria. Este aspecto es uno más de los tantos que encontraremos a lo largo de este trabajo que –al menos en principio- expresarían un problema de consecuencias no deseadas –no planeadas- y que remiten a la cuestión de la capacidad del derecho de prever un ámbito social en funcionamiento.

Un dato que merece ser considerado es que inmediatamente posterior a la introducción del nuevo proyecto de mediación sucedió un cambio de autoridades provinciales y la gobernación pasó a manos de la anterior oposición. Más allá del cambio en el ejecutivo, en el legislativo continuaría la mayoría del bloque de la Unión Cívica Radical unos meses más. El otro aspecto importante es que se crea el Ministerio de Justicia, y a partir de ese momento éste será el ámbito de disputa del Poder Ejecutivo.

El nuevo oficialismo en la legislatura (coalición Unión por Córdoba) intenta sin éxito cambiar nuevamente el ámbito de autoridad de la nueva institución y amparándose en la imposibilidad de que la mediación funcione *con dos cabezas* insiste en mantener todo bajo la órbita del (nuevo) ejecutivo (en el recientemente creado Ministerio de Justicia). De esta manera, al quitarle todo tipo de incumbencia al Poder Judicial el nuevo oficialismo estaba proponiendo además excluir la mediación judicial.²³ Este nuevo intento no se defiende con

22 Fundamento del Ejecutivo en el momento de elevar el proyecto. Archivo del Senado de la Provincia.

23 Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1999. Pág. 1684.

argumentos en los cuales se perciba una pretensión de definir a la mediación. Más bien este aspecto queda en un plano muy secundario y los argumentos que se resaltan para justificar la propuesta recaen en las diferencias de voluntad política del anterior y actual ejecutivo. En esta etapa la disputa por el ámbito de autoridad de la mediación parece no tener nada que ver con la naturaleza de la misma. La idea general de esa discusión era que el anterior ejecutivo había mostrado su desinterés en el tema al vetar las leyes, y por el contrario en el nuevo gobernador sí se encontraba la decisión política de llevar adelante la institución.²⁴ La lectura que se puede hacer de esto es que aprobar el proyecto tal como venía del anterior ejecutivo era darle la autoridad de la norma al Tribunal Superior de Justicia; en cambio promover la autoridad del nuevo Ministerio de Justicia significaba en definitiva promover el nuevo gobierno.

El proyecto que finalmente se vota es el del T.S.J. previamente haber cedido algo: la división de la autoridad de aplicación de la mediación entre el Poder Judicial (T.S.J.) y el Ministerio de Justicia (Poder Ejecutivo) a partir de la creación de dos centros públicos, uno judicial y otro extrajudicial en dependencias de cada uno de los poderes señalados.²⁵ Las diferencias no obstante, parecen haber quedado en la cámara de diputados ya que la última vez que la mediación es discutida en el recinto legislativo, *“el aire que se respira en la cámara de senadores es uno en el que todos hemos sido escuchados”*.²⁶ Aunque los senadores quisieron transmitir el mensaje de que las diferencias ya estaban saldadas y todos estaban de acuerdo; no puede pensarse que eso no era más que un formalismo retórico y que las diferencias y quejas no tardarían en volver a manifestarse.

24 Idem. Pág 1683.

25 Los legisladores de la UCR era quienes venían apoyando el proyecto que su propio ejecutivo había introducido en la legislatura, y aunque en ese momento eran oposición, aún eran mayoría en las Cámaras. Por eso se explica que el proyecto del nuevo ejecutivo justicialista perdiera fuerza en las votaciones.

26 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Año 2000. Tomo I. Pág. 1108.

Las consecuencias.

Con apoyo o sin él, de acuerdo o en desacuerdo la promulgación de la ley de mediación cambiaría el ejercicio de la actividad en toda la provincia. La legislación creó restricciones que impedirían a quienes venían desarrollando la actividad en el ámbito de la sociedad civil continuaran al margen de la normativa ahora vigente. Pero no es ésta la única consecuencia importante de advertir en un proceso como este. Al mismo tiempo, la nueva normativa estaba creando nuevas oportunidades y nuevos escenarios, nuevos actores con nuevas responsabilidades, y allí en el centro de esa nueva situación empieza a definirse una idea de Estado, que este trabajo pretende reconstruir.

A seis años de haberse promulgado la ley, la mediación no es una institución completamente arraigada que forma parte *real* del repertorio de opciones con que las personas cuentan cuando tienen algún conflicto. Lo dicen las estadísticas de los centros, lo reconocen todos y cada uno de los mediadores. La falta de acoplamiento completo entre las perspectivas plasmadas en un texto legal y su puesta en práctica es un rasgo insalvable de la producción de normas. Es, como señala Azuela, parte de la incertidumbre propia de la indeterminación del derecho en tanto elemento fundamental de la experiencia jurídica.²⁷ Pero, siguiendo su planteo, esa tensión se agrava cuando los actores la desconocen y caen en la creencia de que es posible prever en un texto legal todas las contingencias que su aplicación puede enfrentar. (2006: 115) Mucho de esto hay en la mediación en la medida en que algunos actores hoy atribuyen al diseño normativo las contrariedades de la institución. Especialmente los defensores de las posiciones que finalmente no prosperaron en los debates legislativos y también los que ven frustradas sus expectativas de hacer de la mediación su medio de vida porque constatan que las personas no la usan tanto como se esperaba. El argumento del descontento -que asegura que las condiciones podrían ser diferentes si la ley lo fuera- apunta directamente al aspecto conceptual de la mediación: a su

²⁷ Luego veremos, específicamente en el capítulo 4, que este argumento no abarca la explicación de los problemas de la mediación.

carácter respecto a lo jurisdiccional y a lo voluntario.²⁸ Esto ilustra cómo gran parte de la insatisfacción con el funcionamiento de la mediación se ampara en una explicación sobre su armazón normativo. Estos señalamientos de disconformidad convierten la ley en un reducto de atribución de responsabilidades que explicarían las fallas prácticas. Aquí proponemos pensar en cambio, que si la *mediación no funciona* satisfaciendo las expectativas de todos, no es ni necesaria ni exclusivamente porque sea una mala ley o por los problemas de las inevitables consecuencias no deseadas del proceso de elaboración de leyes. La cuestión es bastante más compleja e involucra un tipo de discusiones que nos proponemos abordar en este estudio. El por qué la mediación no *funciona* según lo esperado no es una pregunta que ocupe en esta investigación un lugar central. Definitivamente no es la pregunta que motiva y estructura este estudio. No obstante un estudio serio sobre el tema no podría evitarla, porque hablar de la mediación en Córdoba implica necesariamente hablar de sus problemas y dificultades. Por eso luego del desarrollo de los temas que este trabajo aborda tendremos elementos para armar un posible mapa que aporte elementos para entender por qué la mediación, al menos en Córdoba, no es una institución que funcione exitosamente.

El debate de la mediación estuvo marcado por las diferencias sobre la conceptualización de la mediación; la definición del objeto y asignación de autoridades y poderes competentes en la materia: *qué es y a quién le corresponde* hacerse cargo de la mediación. Esto generó diferentes cuestionamientos y lucha de posiciones en las cámaras. Los cuatro años que

28 Para los autores del primer proyecto el problema se explica porque la mediación debería ser prejudicial y obligatoria. Si esta fuera la norma todas las causas que ingresaran a tribunales iban a tener que pasar por mediación, y luego en todo caso volver al juicio. En palabras de uno de los autores el proyecto estaba planteado como sistema en el que sólo se entendía una cosa entrelazada con la otra, explican sus creadores, entonces cuando a un sistema se le quitan algunos artículos y se suplantán por otros el resultado es una ley muerta. La obligatoriedad se planteaba como imprescindible para que la institución comenzara a funcionar. Para otros, el fortalecimiento de la mediación judicial ha sido en detrimento de la extrajudicial. La obligatoriedad de la judicial no deja lugar a la voluntariedad en la extrajudicial. Desde esta perspectiva debería ser o bien, toda voluntaria o toda obligatoria. Son muchos e importantes las implicaciones de estos postulados. Pero no nos detendremos en este momento a indagar en ellos sino que será tema del capítulo 4. Por ahora sólo lo expresamos para ilustrar cómo gran parte de la insatisfacción con el funcionamiento de la mediación.

tardó el proyecto en convertirse en ley responden a las diferentes posturas respecto nada menos que al aparato conceptual de la ley. Sin embargo esta discusión es bastante menos importante de lo que aparenta ser. Si nos preguntamos quiénes estaban detrás de cada una de las diferentes posiciones, podríamos señalar que los sectores políticos (partidos) que en ningún momento de lo que duró el debate estuvieron a cargo del gobierno –los que siempre fueron minoría y oposición- se ocuparon de discutir la definición del *qué* de la mediación. En cambio, los partidos que en algún momento estuvieron en el gobierno (UCR y Justicialismo) más bien supeditaron la discusión del *qué* a una del *quién*. En estas posturas se puede ver de manera bastante clara al Poder Ejecutivo y al Judicial. “*No es que tuvimos la ley recién en el año 2000. La tuvimos, la matamos, y después salió con cara nueva*”.²⁹ Esta expresión de uno de los autores del proyecto apoya lo que estamos diciendo.

Disputa de “poderes”.

Repasemos rápidamente el panorama de actores y sus movimientos: durante la gestión de la Unión Cívica Radical, un Poder Ejecutivo que promueve el protagonismo (o responde a las iniciativas) del Judicial.³⁰ En cambio, la segunda etapa (gobierno coalición justicialista), muestra un ejecutivo cuyos intereses son defendidos en la legislatura en detrimento del Poder Judicial.³¹ Lo paradójico es que cuando este bloque era oposición fervientemente sostenía la imposibilidad de pensar la mediación por fuera del derecho, y por fuera del Poder Judicial. Luego dio un giro completo de manera que en las últimas discusiones defendía la idea opuesta. No le corresponde a este trabajo indagar en las lógicas de estos intereses, sino sólo mostrar un mapa con diferentes actores cuyas prácticas dejaban entrever una transformación de los intereses que es difícil de seguir desde una lucha por el concepto de la mediación. Tampoco sería apropiado sacar conclusiones apresuradas respecto a la

29 Entrevista N° 10. Mediador abogado.

30 Porque veta una ley que quita exclusividad al Poder Judicial y luego ingresa a la cámara el proyecto elaborado por éste.

31 Los legisladores justicialistas hacen un último intento por quitar la mediación del ámbito del Poder Judicial y otorgarle autoridad completa al Ejecutivo en el Ministerio de Justicia.

relación Poder Ejecutivo/Poder Judicial en cada una de las dos administraciones. Pero algo que sí podemos mostrar es que cada posicionamiento era sostenido por ciertos actores, y que ese sostén pretendía distribuir autoridades y no tanto definir la mediación. Es un dato que servirá como indicio quizá para comprender la lógica de funcionamiento del programa hoy. Porque encontraremos que se trata de un rasgo que marca profundamente y completamente el proyecto de la mediación: gran parte de las dificultades de la mediación se entienden si pensamos que en ella no sólo existía incertidumbre respecto de resultados – como en cualquier nuevo proyecto legal-, sino una indeterminación de propósitos.³² Desde un inicio, desde el mismo momento de fundación de la ley el rasgo que sobresale es el de la incoherencia y la falta de claridad. Falta de claridad sobre qué es lo pretendían que el asunto significase, lo único claro era que todos peleaban por estar a cargo y ser la autoridad. No se sabía muy bien qué era la mediación pero tal vez los legisladores entendían que prometía ser algo importante y por lo tanto era necesario marcar autoridad sobre la misma.

Aspectos organizativos de la mediación.

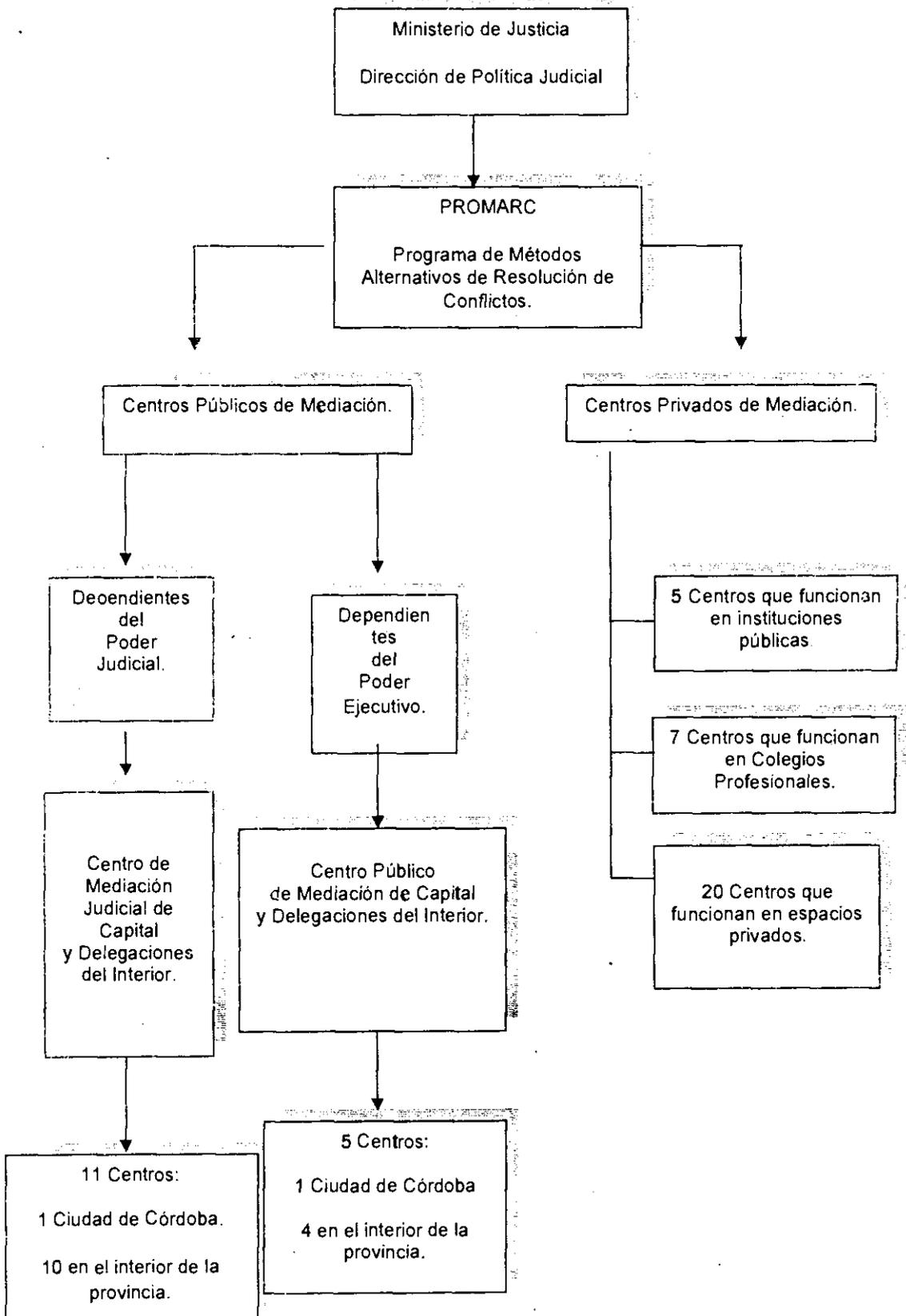
El primer artículo de la ley 8858 instituye *para todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declara de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos.* E inmediatamente aclara que *excepcionalmente* será una instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en algunos casos que describe detalladamente.³³ Es interesante advertir que este artículo es el que hace funcionar la mediación. Es decir, la cláusula de obligatoriedad es la que aporta el 70% de los casos que se medían.³⁴

32 Agradezco al Dr. Fernando Escalante G por este comentario.

33 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. Las excepciones a la obligatoria son cuestiones o materias que tratan sobre derechos indisponibles.

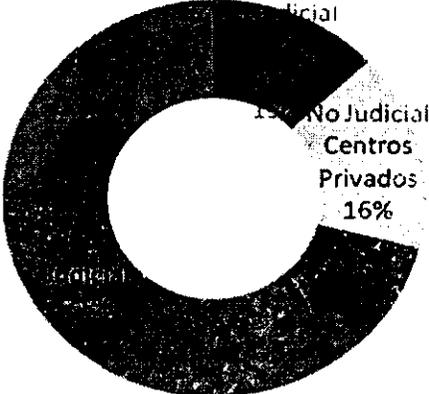
34 Según datos de PROMARC (Programa de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos) sólo el 5% de la mediación judicial es voluntaria.

Figura 1: Estructura organizativa de la mediación en la Provincia de Córdoba.



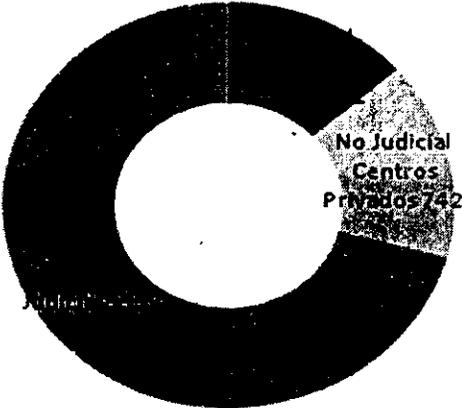
Aunque la figura 1 deja claro que la cantidad de centros no judiciales de mediación es mucho mayor que la de los centros judiciales (11 judiciales y 37 no judiciales) los últimos concentran el mayor movimiento del programa.

Figura 2: Porcentaje de casos. Año 2004. Total provincial.



Fuente: Promarc.

Figura 3: Número de casos. Año 2004. Total Provincial.



Fuente Promarc.

Las figuras 2 y 3 nos dan una idea acerca de cómo se distribuyen los casos en las diferentes modalidades que adquiere la mediación. Ya vimos que la mediación judicial, y entre ellas la obligatoria, es la que concentra la mayor cantidad de casos. Pero para ilustrar la magnitud de la diferencia un cálculo muy poco sofisticado termina de mostrarnos el cuadro completo.

La figura 4 y la 6 muestran el cociente entre el número de casos por tipo de mediación y el número de centros. Así obtenemos que cada centro judicial atiende aproximadamente 303,5 mediaciones al año, esto es, algo más que una mediación por cada día hábil del año. En la extra judicial las cifras caen abruptamente cuando se trata de los centros públicos, y más todavía si nos referimos a los privados.

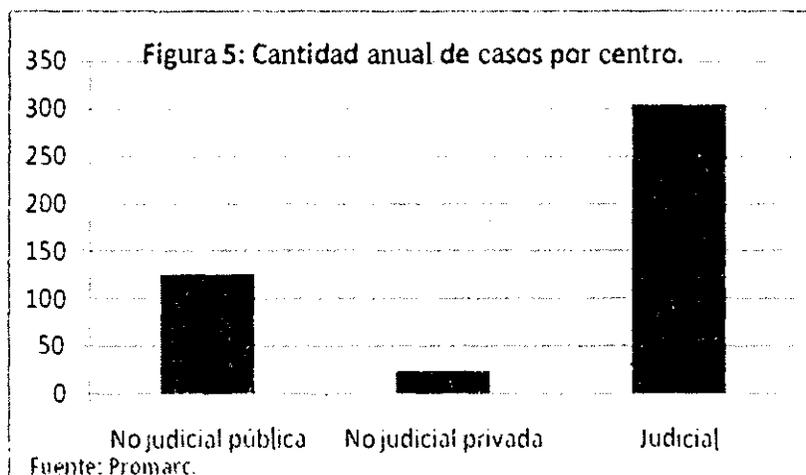
Figura 4: Cantidad anual de casos por centro.

	Cantidad de casos	Cantidad de centros	Cantidad anual de casos por centro.
No judicial pública	631	5	126.2
No judicial privada	742	32	23.18
Judicial	3339	11	303.5

Cada centro extra judicial público atiende un promedio de 126 casos al año; en tanto cada centro privado un promedio de 23 casos en un año, esto es prácticamente una mediación cada dos meses.

Por supuesto que la distribución de casos entre centros no es homogénea sino que aún entre los privados hay centros que tienen más movimiento que otros. Este dato complica aún más

el argumento ya que hay centros que no tienen siquiera una mediación en un año. Los cálculos son muy simples pero expresan de manera clara el panorama de la mediación en la provincia.



Sólo con esta presentación de las cifras de la mediación no podríamos sacar conclusiones apresuradas que condenen en algún sentido esta innovación para la resolución de los conflictos entre las personas. Realizar un juicio de ese tipo sería muy poco relevante, y además estaría débilmente fundamentado. Antes que eso, el cuadro que describimos es interesante porque abre una serie de interrogantes que nos obligan a pensar en la manera en que desde el gobierno se diseñan estrategias para la intervención social, cómo y con qué objetivos se realizan, y qué sucede luego una vez en el campo de ejecución de las mismas. En todo caso los datos dejan algo claro algo casi inobjetable: la mediación no es lo que ios legisladores y mediadores imaginaron y desearon sería. Como ya dijimos, esta investigación en algún sentido pretende dar posibles explicaciones a este problema, no obstante es necesario todavía dar algunos detalles más.

La ley provincial instituye dos tipos de mediación: una en sede judicial y otra en sede extrajudicial. La primera (mediación en *sede judicial*) corresponde a diferentes situaciones. Puede ser una solicitud de oficio emitida por el juez para casos en los que la ley indica que es obligatoria: litigios 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 a mediación. Puede ser petición de una de las partes: si está conforme 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.³⁵

En cambio la mediación en *sede extra judicial* se refiere a casos en que las partes, sin instar proceso judicial previo, se someten voluntariamente a un proceso de mediación para resolver un conflicto, ante un mediador o 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 adquirir valor de sentencia judicial mediante la homologación ante un juez con competencia en la materia. Los conflictos de la mediación extrajudicial son de índole familiar, vecinal, institucional, y hasta patrimonial, y 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.

Entonces la mediación es una sola, pero tiene dos ámbitos de aplicación. Y aunque para los mediadores ambas persiguen fines similares (la pacificación social) la diferencia existe y efectivamente resulta en dos tipos de mediación: una en sede judicial y otra en sede extrajudicial.

³⁵ 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 como carácter de excepción.

Desde el momento de la promulgación de la ley, el repertorio de oportunidades para desarrollar actividades de mediación se organiza en dos: mediación judicial o mediación extrajudicial. Muchos legisladores y algunos mediadores entienden la relevancia de reglamentar por ley la primera porque se introducen modificaciones concretas a un proceso jurídico previamente existente. Pero no en el caso de la extrajudicial: ésta sólo *organiza* una actividad nueva y la ley no es un parte aguas entre algo que estaba permitido y ahora no; más bien la regulación de la extrajudicial amplía y sistematiza una actividad previamente permitida.

En el texto legal la diferencia entre uno y otro tipo de mediación es una diferencia basada en los procedimientos: se señala cuándo se “aplicará” una u otra, más no una diferencia conceptual. Este también fue un punto de crítica en el debate legislativo que no produjo mayores resultados. Pero si pensamos en la pregunta que organiza esta investigación, es decir si lo que nos interesa es el proyecto moral contenido en la mediación, es necesario detenernos en este momento a señalar esas diferencias que la ley no aclara.

En el caso de la mediación no-judicial el proyecto moralizador pesa más porque son asuntos que, en principio, no corresponderían al Estado. Es más claro encontrar en estas experiencias los indicios de una propuesta de cambio moral porque significa un avance sobre un área previamente no penetrada por el Estado; segundo porque se trataría de casos en principio no *justiciables*, sea por su *naturaleza* o por la no iniciativa de los sujetos de llevarlos ante la corte; y tercero porque pretende crear el contexto para que se manifieste la *voluntad auténtica* de los sujetos.

Estas definiciones no se encuentran en el texto de la ley. La falta de diferenciación conceptual en el texto legal se refleja en la práctica. Más allá de lo procedimental –que no es poco importante- la mediación funciona como una sola, especialmente para los mediadores que alternan sin mayores distinciones entre tribunales y los centros extra judiciales. Ellos reducen las diferencias a aspectos anecdóticos como lo es *respirar o no aire de abogados, o sentirse más o menos cómodos entre ellos*. No obstante trataremos de no perder de vista en todo el texto que la mediación no-judicial se refiere a asuntos que en principio no son “justiciables” y lo distinguiremos en la medida que sea posible.

Hasta aquí la presentación de la trayectoria legislativa de la mediación y algunos rasgos operativos. Pero recordemos: este trabajo no pretende ser un estudio sobre la ley de mediación. Tal como lo indica el primer párrafo del presente texto aquí nos ocupamos de la mediación para estudiar un intento explícito de cambiar el clima moral imperante en una sociedad, un proyecto de moralización. Siguiendo a Azuela entendemos que la actividad legislativa es un proceso por el cual, al amparo de la representación política legislativa, ciertas expectativas se convierten en un conjunto de enunciados jurídicos de carácter general, que autorizan unas prácticas y desautorizan otras. (2006: 106) Pero hasta allí la importancia del proceso legislativo para esta investigación. La de mediación es una ley que instruye en exceso sobre los procedimientos para poner en práctica lo que ella instituye; es una compilación de cómo hacer funcionar un mecanismo que apela a otro tipo de institucionalidades. Pero en ella se extrañan disposiciones sustantivas y definiciones que pretendan regular comportamientos sociales. Y se extrañan más aún porque la mediación una vez puesta en práctica no se mantiene ajena a la regulación social. El cuerpo legal parece perder de vista una discusión sustantiva acerca de los logros que la mediación podría llegar a generar en el contexto social, pero la pierde para recuperarla en otra instancia, en la de su puesta en funcionamiento. El texto legal es accesorio al proyecto moral, o viceversa. La moralización está presente en la discusión legislativa, pero sólo toma fuerza en un momento post legislativo.

El aspecto que más nos interesa de la mediación no está explícitamente plasmado en el texto legal. Por el contrario, si nos limitásemos a analizar el documento legal, nuestra pregunta tendría poco sustento. La importancia de la norma reside en que ella ratifica el papel del Estado como cabeza de la mediación. No obstante establece la base que luego permitirá generar, en otro lado, el discurso del proyecto de la moralidad. En la legislación la moralización es un aspecto completamente secundario, o más bien ausente. Es un tema presente en las intervenciones de los legisladores en el recinto, pero no queda explícito en la ley. Esto indica que para encontrar el proyecto moral del que estamos hablando hay que ir más allá de la ley. El nudo central de la pregunta trasciende la ley, pero sin ésta no podría haber sido planteado. Como veremos en el siguiente capítulo, es por este motivo entonces,

por lo que estudiar las prácticas estatales de la mediación se convierte en una manera apropiada para abordar el proyecto moral de la mediación.

CAPÍTULO 1:

MEDIACIÓN, ESTADO Y MORALIZACIÓN.

Introducción.

Este capítulo despliega el problema que esta investigación aborda y la perspectiva analítica seleccionada para lograrlo. En primer lugar describimos el punto de partida: el valor del cambio social en la ideología de la mediación. Partiendo de aquí es que indagamos el papel del Estado en ese proyecto de cambio, definido aquí como cambio moral. El propósito de la investigación es abordar críticamente la relación entre el Estado, la moralización y la mediación; destacando los puntos equívocos y menos convincentes de esta relación en el caso cordobés. Por eso, nos posicionamos en una perspectiva analítica que cuestiona la manera abstracta y esquemática en que opera el gobierno de una sociedad. Al mismo tiempo, esta crítica nos lleva a encontrar una idea del Estado que sea receptiva de los problemas que identificamos en el hacer político, es decir, una mirada del Estado que sea apropiada para sacar a la luz las inconsistencias y dificultades de la moralización que desde el Estado se pretende generar con la mediación.

1. El valor del cambio social en la ideología de la mediación.

Desde sus inicios la mediación fue pensada como una buena oportunidad de mejorar la justicia argentina principalmente porque liberaría la sobrecarga de los tribunales y jueces y permitiría una importante reducción del costo del litigio. En defensa de la mediación se argumenta con frecuencia que ella puede garantizar el acceso a la justicia de un mayor número de personas, ya que los costos de entablar una demanda vía mediación son mucho menores a los de las vías tradicionales (Poder Judicial). Además, esto es consonante con

otra idea: muchas disputas no se resuelven por falta de instancias y posibilidades. En este sentido, la existencia de centros de mediación que resuelvan problemas de menor cuantía contribuiría a revertir este problema de la falta de acceso por falta de posibilidades.³⁶ Estas justificaciones apuntan directamente al sistema judicial, a su funcionamiento. Y ésta es la idea que nos queda del caso de Córdoba cuando en las páginas anteriores analizamos el proceso de formación de la ley.

Pero esto no es todo lo que la mediación *tiene para ofrecer*. Además de un supuesto alivio al trabajo judicial existen otro tipo de fundamentos, motivos y justificaciones. Es en ellos que queremos concentrar el análisis. Todo programa de mediación encarna y expresa una ideología propia, una visión del deber ser de las relaciones entre los individuos, la comunidad, y el Estado. Por eso no hay que esforzarse demasiado ni escarbar profundamente para encontrar en la mediación otro tipo de respuestas diferentes al funcionamiento del sistema de justicia y orientadas al tipo de sociedad en que vivimos. Es importante señalar que este capítulo se refiere a la mediación no como *ley*, como fue tratada en las páginas anteriores, sino en tanto institución con un conjunto de presupuestos y fundamentos sobre el deber ser social y que se organiza para conseguir los propósitos que se plantea.

La mediación cordobesa otorga valor especial a un proyecto de cambio social. Esto es explícito y así ha sido ampliamente señalado al punto que el mejoramiento del funcionamiento de los tribunales permanece como un elemento secundario y completamente periférico en el proyecto de la mediación.³⁷ Sólo como subproducto ella podría generar un aumento de soluciones a los conflictos sin la necesidad de recurrir a

36 Para una reflexión sobre el aporte de la mediación al acceso a la justicia ver: *Reforma Judicial y acceso a la justicia. Una mirada sobre los medios alternativos de resolución de conflictos*. María Inés Bergoglio. Documento inédito.

37 Este argumento es desarrollado extensamente en el capítulo 2.

tribunales y con menores costos.³⁸ Por eso argumenta que la de la mediación no es una transformación jurídica sino cultural y social. Así lo describen los expertos creadores del sistema cordobés: el primer objetivo de la mediación debe ser un aumento del protagonismo de las partes y su autodeterminación. Y tal vez, como consecuencia de ese protagonismo, se consiga ofrecer un espectro más amplio de opciones para solucionar el conflicto y brindar un acceso a un proceso alternativo al tradicional que puede o no incrementar la satisfacción de las partes. (Barbosa y Magris 1998: 12)

La importancia secundaria que los mediadores le dan a la culminación de una mediación con un acuerdo es una vía para fundamentar nuestra idea acerca de cuál es el espíritu de la mediación en Córdoba. Si lo más importante de un proceso de mediación fuera resolver los conflictos inmediatos de las personas, se esperaría que el acuerdo sea una de las metas más importantes y fundamentales.³⁹

Por eso podemos postular sin titubeos que la mediación es una institución relativa a la administración de la crisis social antes que a la de la justicia. Esto es lo que sostiene Hofrichter, en un libro cuya tesis central postula que los foros para la resolución de conflictos vecinales auspiciados por el Estado son fundamentalmente instituciones estatales de control político y social. (1987) En una línea de pensamiento similar, Merry señala que los líderes políticos utilizan los medios alternativos de resolución de conflictos para rediseñar las sociedades y reseña varios estudios de experiencias en distintos lugares del mundo. En China, los programas de mediación comunitaria constituyeron parte esencial de la estrategia de socialización por medio de la cual procedió la revolución y tuvo lugar la reeducación de la población. En Cuba, el gobierno obtuvo beneficios políticos en la temprana etapa post revolucionaria de un conjunto de estrategias de justicia popular articuladas claramente con un nuevo orden moral. En Portugal, la justicia popular

38 También se ha sostenido que la mediación en términos prácticos no es un principio establecido para establecer justicia sino dotaciones de negociación que distribuyen poder privado. Si ninguna de las partes sabe de antemano cómo un juez o un jurado decidirá, y si las partes son adversas al riesgo, ambas partes preferirán la seguridad privada que otorga la negociación fuera de la ley. (Adler 1993:72)

39 El papel que el acuerdo juega en la definición de la moral de la mediación se desarrolla en el capítulo 2.

contribuyó en algún sentido a alcanzar la transformación social después de la revolución de 1974. Las cortes extrajudiciales fueron ámbitos para la reeducación de lo público en una legalidad y orden social socialista en la Unión Soviética. (Merry 1993: 34) Auebarch es otro de los autores que convergen en esta idea. Él estudia el caso de la forma de resolución de justicia que la comunidad menonita adoptó en Estados Unidos y explica cómo con ella se reproducían los modos de vida propios y diferentes al americano con el firme objetivo de mantener viva la comunidad de origen. (1983) Abundan ejemplos que muestren una cara de la mediación que no acabe directa y únicamente en la respuesta práctica a los problemas que la gente vive. Y nuestro caso es uno de ellos. Con esto queremos decir que cambiar la sociedad interviniendo en la modalidad en que las personas manejan sus conflictos no es una idea exclusiva y original de quienes diseñaron la mediación en Córdoba. Por lo tanto, la mediación ya antes y en otros sitios fue implementada –y estudiada- con este propósito.

Varios aspectos permiten que la mediación pueda pensarse como una herramienta de cambio social. Por un lado, propone una manera de manejar el conflicto. La variedad de los modos en los que una sociedad administra sus disputas, comunica los ideales de esa sociedad, sus percepciones acerca de ella misma, la calidad de sus relaciones con otros; nos indica si esa sociedad quiere evitar o reforzar el conflicto, suprimirlo, o resolverlo de una manera amigable. Cómo se resuelve el conflicto es en definitiva cómo se preserva la comunidad. (Auerbach 1983:3) El conflicto es parte constitutiva de las relaciones sociales, pertenece al ámbito inmediato y cotidiano de la vida de las personas. Por eso de antemano es un espacio sensible a los valores, las normas, las formas de relaciones intersubjetivas. Al menos inicialmente. Esta vinculación posibilita que la mediación sea pensada como una poderosa maquinaria para el logro de efectos deseados y esta es la identidad del programa de Córdoba, la cual es confirmada constantemente por sus creadores -el gobierno- y reproducida por una cantidad de actores involucrados.

Otro aspecto importante es su supuesto impacto en las relaciones sociales. Teóricamente la mediación podría reducir el conflicto y la tensión en la comunidad. La agenda es amplia e

incluye un papel en la construcción misma de la comunidad. Quienes la promueven están convencidos que la mediación constituye un medio para contrarrestar el estado de anomia, desolación, alienación y temor en la comunidad facilitando la comunicación entre las personas que de otra manera mantendrían distancia. La mediación ofrece esto porque – aseguran- provee mecanismos para que las personas se comuniquen, destruyan las hostilidades fundadas en los malos entendidos. Aunque el número de disputas resueltas sea pequeño, el mejoramiento de la calidad de la vecindad y de la vida vecinal puede ser muy grande. (Lowry 1993:114) Por eso para muchos ella no es un programa, es una inversión social a largo plazo en la salud y la estabilidad de los individuos y las comunidades. La mediación en Córdoba se orienta a constituir una nueva cultura de la convivencia con un “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- originado en la capacidad que ella tiene para generar efectos deseados de sociedad”. (Torremorell 2003: 22)

En Córdoba la identidad de la mediación es su objetivo. El cambio social y cultural es una parte muy importante, aunque ambigua, de esa identidad. Alrededor de ella giran nociones de recomposición del diálogo, mutua comprensión, de manera que se propone a la mediación como un eslabón entre el diálogo y el consenso necesario para la preservación del entramado social. Todos estos elementos convergen en el gran proyecto de cambio cultural. Éste constantemente aparece y organiza el discurso de la mediación en Córdoba. Al mismo tiempo, la carga normativa contenida en la mediación no sólo la define sino que a veces opera como una fuente de legitimación.

En síntesis, la mediación refiere a un modelo de sociedad ideal y la mediación es propuesta como una herramienta cuyas bondades facilitarían acortar la brecha entre la sociedad real y un modelo de sociedad deseada. Nos hemos referido a la identidad de la mediación -hasta el momento- de diferentes maneras: como cambio social, cambio cultural, componente normativo. Esta permisividad seguramente ha dejado una imagen de confusión, vaguedad y

ambigüedad. Y en parte así es, por eso la intención fue dejar reflejado ese carácter impreciso. La tarea de ponerle claridad, ordenar los significados y explicar el sentido de esta identidad de la mediación en Córdoba es una tarea que le corresponde a esta investigación.

Existe muchísimo material escrito sobre este componente de la identidad de la mediación. Los intentos en este sentido han sido de lo más variado al punto que existe un consenso explícito acerca de la contundencia de este rasgo. Por eso lo tomamos como un punto de partida, como un supuesto al que le sobra evidencia para sostenerse. En consecuencia, este estudio no pretende demostrar que el cambio social es un rasgo que define la mediación que lleva a cabo el gobierno cordobés. Pero también sostenemos que este cambio social es moral, que tiene un componente moral fundamental y que en eso consiste el cambio cultural o social al que alude el modelo cordobés. El componente normativo de la mediación que expone modelos de un deber ser social, es moral porque funda sus bases en una supuesta rectitud y civismo en las conductas de los ciudadanos, de los cuales se espera se rijan por principios que *internamente* orienten sus comportamientos. La idea de que en los programas de mediación reside un proyecto de moralización social encuentra un sustento en postulados del cambio social: 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. Por eso este estudio da cuenta de cómo es, en qué consiste, cuáles son los fundamentos, y cómo se lleva a cabo ese modelo moral al que la mediación quiere acercar la sociedad. Esta es la gran pregunta que estructura este estudio. Muchos trabajos apoyan la mediación creyendo en ella como un medio eficaz y legítimo para mejorar la calidad de vida de las personas. (Schwerin, 1995; Torremorel, 2003; Gottheil, 1996; Bush y Folger, 1996) Otros en cambio no son tan optimistas y no están tan seguros de las posibilidades de estos proyectos. Estos otros puntos de vista conforman otra mirada, más bien crítica, que se aleja de la mediación como la consagración de la utopía social y en cambio enfatizando el carácter político de la

mediación se pregunta por sus contradicciones, su relación con el Estado, su sentido más amplio en la sociedad. Es esta otra mirada la que adoptamos en este estudio.

2. Lo moral en los programas políticos y la dificultad del derrotero.

Haber encontrado esta tendencia en la mediación no es ninguna originalidad, pero sí es valioso pararse en este punto y desde ahí iniciar un estudio que aborde y destaque el papel del Estado en ese proyecto. Estudiar la mediación es una tarea potencialmente compleja y sugerente justamente porque uno de sus rasgos más importantes es su ideología del cambio social. Los argumentos sobre la justicia popular se orientan no sólo hacia el potencial de una u otra reforma social para alcanzar una transformación, sino hacia la deseabilidad del cambio social mismo. (Merry y Milner 1993: 23) Es importante entonces remarcar la postura política de la deseabilidad del cambio social. Y este es uno de los puntos de apoyo inicial para justificar un estudio de la mediación como el que aquí encaramos.

El hecho que la mediación en Córdoba pueda ser definida a partir de las metas que se propone, sumado a que además es un proyecto encarado desde el Estado es el punto de partida de este estudio. Este es un lugar desde el cual plantear interesantes reflexiones que trasciendan el dominio exclusivo de los programas de mediación y conciernen de una manera más amplia a modalidades de intervención por parte de los gobiernos en sus sociedades: en definitiva hacen pensar en qué modelos de organización social proponen y cómo operan para lograrlo.

Cuando el Estado programa algún tipo de cambio social simultáneamente está realizando otras tareas. Una de ellas es la definición de un problema. Ciertos estados de la sociedad o temas nuevos que surgen son seleccionados de un conjunto de asuntos y definidos como problemas. Es necesario etiquetarlos como problemáticos. Luego, el diseño de un modo de

arreglar o mejorar esa situación. Para eso se diseñan estrategias y programas de intervención. La creatividad por un lado, pero también las condiciones y arreglos institucionales disponibles son la fuente desde la cual armar la solución a eso que se definió como problema. Un componente moral está presente en todo este proceso, aunque en el caso de la mediación con escasa claridad. La ambigüedad subyacente no deja ver a simple vista con claridad si lo moral es parte fundamental del etiquetamiento del problema o si es sólo parte de la solución a esa situación incómoda. Es decir, el fundamento de la mediación no deja claro si la crisis moral es la situación no deseada y lo que se quiere cambiar, o si en realidad lo que es moral es el medio para el cambio y el problema social alude a otra cosa distinta. Pretendemos ir esclareciendo esta indefinición a medida que nos vayamos adentrando cada vez más en el caso que estamos estudiando.

La atribución de un significado moral a ideologías políticas es algo que sucede bastante a menudo, es una buena manera de sacralizar un determinado tema y quitarlo de la arena de lo cuestionable.⁴⁰ A menudo los líderes políticos creen importante crear momentos síntesis, momentos moralizantes. Entonces a una situación completa se la nombra y etiqueta de modo que una cuestión política quede teñida con un tono moral. (Moore 1993: 2) Estos intentos a veces son exitosos pero muchas veces no. Claro, el mensaje ideológico que envían no significa que las señales hayan generado el efecto deseado. No obstante, se configura un territorio sobre el que estas estrategias deberían actuar y se especifican sujetos de gobierno, como individuos que son, potencial o efectivamente, sujetos de obediencia a un conjunto de valores, creencias y compromisos. (Rose 1996: 331) Los sujetos son apelados como individuos morales con lazos de obligaciones y responsabilidades, sujetos que son responsables de sí mismos pero a la vez están ligados a ciertos lazos de afinidad a una red circunscrita con otros individuos: grupos de familia, localidad, compromiso moral, etc. (Rose 1996: 334)

40 El tono moral es utilizado en ocasiones para cargar de legitimación a contenidos que de otra manera no la tendrían. Un ejemplo es el de los discursos del ajuste estructural promovido por el Banco Mundial que fueron racionalizados como necesarias para el crecimiento económico y la eficiencia. Fueron defendidas como un régimen de correctividad económica. El conjunto de premisas morales implícitas en estos argumentos se refieren a la inviolabilidad de los derechos individuales, lo sacro de la propiedad privada, la nobleza de la acumulación capitalista. Todos estos argumentos están debajo de la superficie del discurso del capitalismo pretendidamente científico. (Ferguson 1993: 85)

Cuando obligaciones y responsabilidades morales son parte constitutiva de un programa de gobierno, allí yace un supuesto fundamental: la idea de que estas categorías no sólo son postulados universalmente planteados, para todos y por igual, sino que además son un conjunto de preceptos y técnicas que pueden aprenderse y convertirse en objeto pedagógico. (Chakrabarty 2002: 58) 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 pueden responder y apropiarse de éstos en un proceso de formación asistida por el Estado.⁴¹

La moralización como proyecto de sociedad es un tema recurrente en las formas que ha tomado la relación Estado y sociedad y se inscribe en los deseos de construir sociedades que tengan como guía 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 *buen sociedad* sino que al mismo tiempo lleva a la noción de *buen gobierno*. En estos proyectos los Estados piensan la sociedad como una arena regulada con ciertos principios; esos principios presentan definiciones acerca de lo público, las relaciones, la comunidad, los individuos, el conflicto social, que por lo general conviven (y compiten) con otras formas desarrolladas y consolidadas en esos espacios sociales. En general, los ideales que el Estado tiene acerca del todo social no coinciden con los que la misma sociedad tiene para sí. 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. “Esta es una idea que nos ha acompañado desde la segunda mitad del siglo XVIII y ha sido empaquetada en el

41 El problema de la obligación política respecto a valores es uno que ha sido ampliamente estudiado y constituye uno de los nodos críticos del liberalismo político. El tipo de intervenciones estatales destinadas a “regular los valores de las personas” pueden ser presentadas bajo dos modelos diferentes. El primero de ellos sostiene que los individuos pueden limitar su libertad de acción solamente a través de actos voluntarios -por eso los ciudadanos tienen que acatar las restricciones que impone el derecho sólo cuando hayan consentido-. El segundo modelo en cambio sostiene que acatar o no lo que ordena el derecho y la política no depende de la voluntad del sujeto sino que depende del contenido de las acciones que se exigen. Se obedecerá sólo si el contenido ordenado se adecua a ciertas pautas éticas. Ver: Malem 2000: 522; Dworkin, 1989; Beckman, 2001.

concepto de *civilización*. Cuando éste 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 los gobiernos participan de alguna manera en esta sensibilidad que llega a plantearse como de sentido común y se funda en mecanismos de los Estados modernos y en requisitos universales para la gobernabilidad de los espacios públicos.” (Chakrabarty 2002: 90) Estas tareas son parte esencial del hacer político. Al respecto, Dube reflexiona sobre la idea de que la necesidad de una historia universal y la imagen de una modernidad sigue siendo un proyecto primordial en las postrimerías del siglo XX. La modernidad está plasmada y representada por un proyecto de progreso que funciona por sí solo y por una evidente encarnación del desarrollo. La modernidad impulsa a los Estados y orilla a las sociedades a cambiar su pasado tradicional por un presente moderno y cada vez más por un presente futuro postmoderno cuyo camino andado es señal tanto de la trayectoria como del final de la historia universal. (Dube 2001: 24) Pero esta modalidad de la relación Estado-sociedad se toma extremadamente difícil llevando a muchos proyectos de este tipo hacia la ineffectividad completa. Esto es, cuando el Estado procura crear moralidad por la vía de los programas políticos por lo general se frustra en el intento. A continuación exploramos algunos vestigios para comprender lo que acabamos de afirmar.

3. La construcción de la perspectiva: dificultades implícitas.

Esperemos que haya quedado claro hacia dónde estamos yendo. El núcleo de esta investigación reside en el estudio del contenido moral de un programa de mediación creado y administrado desde el Estado, y en las dificultades para implementarlo. Es éste problema en torno al cual gira este estudio. Pero el problema estaría incompleto o sería inabarcable si no establecemos un marco claro en el cual ubicarlo. Sólo desde allí será posible ver luz sobre algunas posibles vías por las cuales desarrollar este problema. La pregunta que sigue entonces es cómo podemos construir un marco analítico para explicar el problema moral de

la mediación dirigida desde el Estado. La respuesta cae por sí misma y hasta es redundante. es necesario contar con un marco que permita entender el Estado contemporáneo y la regulación de la vida social. El señalamiento de dos problemas es el paso previo que articula el marco de análisis al que nos estamos refiriendo. El primero, es un problema que trata del hacer político, del modo en que funciona el gobierno de una sociedad; y nos ubica en un escenario en el que emerge casi de manera evidente la *irrealizabilidad* de los ensayos para crear moralidad. El segundo problema, es acerca del estudio de ese quehacer político e indica que el problema que estamos señalando puede ser perfectamente imperceptible en ciertos modos de abordar el gobierno de las sociedades. En este sentido rescatamos como fundamental las prácticas de Estado como herramienta que ayuda a visibilizar muchos de estos aspectos, tan fundamentales para este estudio.

El desacierto de la extrañeza y exterioridad.

En la lógica que previamente describimos cuando la moral se involucra en programas de gobierno, es posible identificar un Estado o un gobierno, una sociedad y un modo de vinculación entre ambos. El Estado tiene la pretensión de sostener una mirada investida de objetividad. Es la objetividad superior del que mira desde afuera —y en algún sentido desde arriba—. Así el Estado como observador político construye la mirada sobre su sujeto, la sociedad. En estos términos se organiza la lectura del curso del espacio público, de las relaciones sociales —y así se nutre y reproduce el poder de la mirada—. El que mira desde afuera es un extraño, pero no por no pertenecer al lugar, sino por no habitar el marco conceptual o teórico del actor que es observado. (Chakrabarty 2002: 69)

La objetividad puede leerse como racionalización y estandarización de la realidad social, que en parte se hace también con el fin de generar legibilidad administrativa, y como lo

indica Scott, esto es una tarea de ingeniería social. El orden social diseñado o planeado desde las instancias de gobierno, es necesariamente esquemático, y por lo tanto ignora rasgos esenciales de los órdenes reales en funcionamiento. (Scott 1998: 7) ⁴² La elaboración de *mapas* es parte cotidiana de la actividad de intervención estatal y ellos introducen simplificaciones que, aunque no representan exitosamente la actividad real de la sociedad que describen, tampoco lo pretenden. Es cierto, que un mapa del tamaño real del espacio que se supone representa, sería inútil. Lo que queremos decir es que tal vez esta objetividad sea necesaria.

Pero no se trata sólo de un detalle técnico, aspecto que sería perfectamente entendible. Por un lado es problemático que esa objetividad quiera ser traducida en neutralidad, y hasta en superioridad del que sabe hacer las cosas. Se trata de algo más, se trata del dibujo mismo de ese mapa, que es una de las instancias más importantes porque de él depende la orientación para todos los que luego traten con ese mapa. Puede ser muy práctico, e incluso casi la única manera factible de intervenir sobre una realidad social, pero siguiendo a Sousa, un mapa de una sociedad, proyecta reglas y compromisos condicionados por factores ideológicos, simboliza elementos destacados en tanto deja otros son señalar. (1991)

La objetividad –en términos del que mira desde afuera- muestra un deseo de un Estado fuerte que hace que ciertas prácticas se transformen en rituales universales de la vida pública. Sin embargo, para las personas que por diversos motivos, aún no participan en estos deseos colectivos, esta universalidad difícilmente pueda tomar el estatus de hecho evidente tal como pretende ser postulado. Este es uno de los puntos débiles que tiene la intención estatal en generar un determinado tipo de sociedad.

Cuando las imágenes convergen en una sola y única manera de entender el modo en que la sociedad *debe ser*, se eliminan los visos de otras manera distintas de ser de la sociedad, contradictorias y abigarradas que han definido nuestros pasados y que siguen constituyendo una presencia palpable. (Dube 2001: 17) Aquí se gesta un sustancial escollo cuyas

⁴² 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. (Scott 1998: 77)

consecuencias de pasarlo por alto resienten en modos no previstos y en consecuencias no sólo no esperadas, sino a veces completamente opuestas a lo aspirado. Las prescripciones sobre la definición de *lo bueno*, por lo general está en desigualdad o discontinuidad con las formas de la comunidad y lazos sociales que dan forma a los espacios sociales. Como dice Chakrabarty, en las raíces gubernamentales de la moralidad moderna, el problema no es tanto en relación a los valores morales en sí mismos, sino en cuanto a su carácter abstracto y pretendidamente universal. (2002: 80)

Dube se refiere a esta lógica del quehacer político como *fetichización*, tanto de la comunidad como del Estado, en el sentido de que ambos son pensados como ámbitos puros, opuestos y que funcionan independientes uno del otro. Esto hace que se pasen por alto las diferentes formas cómo los símbolos y metáforas del Estado en el ejercicio del poder se explotan y se imbrican en la construcción de comunidades, cómo forjan sus nociones de orden y sus identidades, sus legalidades y patologías. (Dube 2001: 116) Las reificaciones propias del hacer político, dejan poco espacio a las formas cómo la cultura va siendo constantemente construida, diversamente debatida y de manera diferenciada, elaborada en y a través y a lo largo del tiempo.

Las proyecciones de sociedades moralmente buenas, no son exclusivamente nuevas, aunque a juzgar por los fracasos y por la insistencia en su continuidad parecería que las poblaciones y realidades sociales constantemente las desafían. La gente en general no considera el llamado del gobierno a la disciplina, al orden público, a la civilidad. Las materializaciones que realiza el Estado suelen pasar por alto el hecho de que las tradiciones y las modernidades son el producto de las energías combinadas de los grupos, de la fuente de recursos compartidos.

Éste es el primer problema que se refiere a una dimensión empírica en tanto alude directa y estrictamente hacia el quehacer político. Y es especialmente importante para el caso que estamos desarrollando porque desde las primeras y más sencillas lecturas de la mediación

se puede enunciar que ésta no tiene un desempeño favorable (especialmente la no judicial, y dentro de ésta la no judicial privada). No obstante hay que aclarar que el desempeño de la mediación puede evaluarse en dos dimensiones. Por un lado, por su uso; en este sentido diremos que la mediación no funciona como se espera y la evidencia es su escaso desarrollo. Por otro lado por su objetivo; aquí en cambio habrá que decir que lo que no funciona es la moralización y el fundamento de esto es parte del problema que estamos construyendo. Sostenemos que el limitado desempeño en cuanto a su uso no es más que el primer indicio para plantear la *imposibilidad* de la moralización y realizar un estudio sobre el tema. Pero las dos dimensiones no deben confundirse, por el contrario hasta podrían ser independientes. Podría darse el caso que los programas de mediación operen exitosamente, pero aún no tendríamos resuelto el aspecto de la moralización. En nuestro caso ambas deben abordarse juntas como parte de un mismo problema, no obstante es necesario tener clara la diferencia porque la pregunta fundamental de este estudio se orienta a pensar el problema de la moralización.

Una sola aclaración más antes de seguir adelante. Este estudio no es uno que quiera probar con datos y argumentos que la mediación no funciona y que la moralización no es efectiva. Creemos que lo sustancioso de este problema no reside y acaba ahí, sino que desde allí se despliega. Por eso este estudio toma estos enunciados como base, pero se interesa por dilucidar la compleja trama del proyecto moral de la mediación en Córdoba.

Ahora bien, ¿cómo proceder en un estudio que se preocupe por llegar hasta el fondo de las complejidades de un programa político para generar moral? Los párrafos siguientes sobre eso tratan.

El segundo problema es teórico, y atañe específicamente a la manera en que la teoría política, o mejor dicho, el estudio de las cuestiones de la política, el gobierno y el Estado ha estudiado ese quehacer político. Abrams realiza un detallado recuento de cómo la sociología política contribuyó en la tarea de mantener al Estado como una agencia política “concreta” y una estructura “real”. El Estado aparece como una entidad especial autónoma, separada de la sociedad y realmente poderosa.⁴³ De hecho justamente es la distinción Estado/sociedad, la que hace posible la sociología política. Sin embargo, el Estado concebido de esta manera, como una entidad sustancialmente separada de la sociedad generó un objeto de análisis elusivo. (Abrams 2006:112) La consecuencia de la manera en que el problema del Estado nos ha sido presentado por la sociología política fue una reificación que en sí misma obstruía un estudio serio y vigoroso de un número de problemas sobre el poder político que realmente merecen la pena ser estudiados.

Muchos son los autores que durante años han dado forma y nutrido esta corriente que se preocupa por señalar los problemas que esto ha generado e insistir en la importancia de abandonar esa mirada estática y jerárquica del Estado. Geertz nos dice que hay que dejar de ver al Estado como la máquina del Leviatán, como una esfera que comanda y decide. Más bien hay que mirar alrededor del Estado, en el tipo de sociedades en que se inscribe. Menos Hobbes y más Maquiavelo, menos la imposición del monopolio de la soberanía y más el cultivo de oportunidades. Menos el ejercicio de la voluntad abstracta, y más la adaptación al contexto y el logro de ventajas visibles. (Geertz 2004: 580) De esta manera conviene adoptar una manera de pensar el Estado a partir de procesos en los que se diseñan o transforman situaciones durables o rasgos estructurales de estos Estados; especialmente los que atañen al conjunto de reglas e instituciones que afectan la naturaleza y el tipo de límite entre el Estado y la sociedad. Esto implica que el Estado no es una entidad que se

43 Uno de los aspectos más importantes de su poder sería su habilidad para evitar un adecuado estudio de sí mismo que revele ‘la verdad del poder oculto tras un velo’ al que la teoría política constantemente quiso correr y al que el estado siempre resistió.

forma a partir de un evento de una vez y para siempre sino que sus rasgos estructurales están expuestos a procesos de modificación.

Al mismo tiempo nuevas aristas empiezan a vislumbrarse. La separación analítica del estudio del gobierno del espacio y el territorio, del gobierno de la población permitió un movimiento más allá del marco del Estado nación al cual el estudio del Estado había sido confinado. La ampliación de la discusión del Estado hacia otros ámbitos es el quid de los estudios que ya no se interesan por el Estado en sí, sino por la gubernamentalidad, en un sentido amplio del Estado funcionando. Este es el aporte que Sharma y Gupta encuentran en la noción de gubernamentalidad de Foucault. Desde aquí es posible explicar la coordinación de las conductas hacia fines específicos, que tiene como objeto a los individuos y las poblaciones y que se combina con técnicas de disciplina y dominación de las tecnologías del autogobierno. (2006: 24) Los relatos de la teoría política con frecuencia postulan una oposición entre el Estado y la comunidad que lo domina todo. Esto tiende a pasar por alto las múltiples y diferentes formas como los símbolos y metáforas del Estado y del ejercicio de poder se explotan y se entrelazan en la construcción de las comunidades. No es una mera invocación por estar de moda la noción de gubernamentalidad. Sino que tiene que ver con la crucial importancia de un reconocimiento metodológico, que es al mismo tiempo una necesidad teórica y una necesidad empírica, de la interacción y compenetración entre los símbolos del Estado y las formas de las comunidades de nuestros mundos de todos los días. (Dube 2001:117) En lugar de asumir que el Estado es el ente supremo de poder, la gubernamentalidad ofrece una manera de entender cómo el poder es ejercitado en la sociedad a través de variadas relaciones sociales, instituciones, y cuerpos que no necesariamente encajan automáticamente bajo el rubro del Estado

Es importante no estudiar al Estado como un mero conjunto de instituciones y políticas, como un punto concreto de poder abstracto. Es necesario comenzar a verlo como variedades de formas de imaginar. Siguiendo a Dube, los Estados son también, por así decirlo, estados anímicos: son las formas en cómo los símbolos del Estado son refundidos y

recreados imaginativamente por los pueblos y las comunidades, en su práctica plena de significados, construcciones de cartografías creativas que definen espacios en el tiempo y lugares en la historia. (2001:16) Reconocer esto es ir más allá -sin reificar ni convertir en fetiche- de las formas cómo los Estados se representan a sí mismos, y entender mejor las estrategias de dominación y poder hegemónico de las naciones. Este giro del énfasis del Estado como una institución superior y homogénea resalta un énfasis en lo cotidiano, como espacio de producción, negociación, transacción y contestación de significados dentro de redes y relaciones de poder mayores. La mirada que estudia al Estado como dado, como un a priori conceptual o empírico ha sido críticamente cuestionada. Abonar este cuestionamiento es no considerar al Estado como dado, como una entidad distinta, fija, unitaria. Más bien es juntar aspectos ideológicos y materiales de la construcción del Estado para entender cómo se constituye, cómo se diferencia de otras formas institucionales y cuáles efectos tiene esta construcción sobre la operación y difusión del poder en la sociedad. (Sharma y Gupta 2006: 8) Otra consecuencia de la adopción de este enfoque es dejar de considerar los aparatos del Estado como entidades autónomas, en las que no hay sujetos protagonistas de los procesos. Como si fueran una suerte de locomotoras sin maquinista, teledirigidas por un poder omnisciente y con una enorme capacidad de aprendizaje sobre las sociedades de gobierno. (Bohoslavsky 2005: 110) Quienes así lo entienden, no ven a los sujetos como sujetos capaces de entender el significado de los sucesos que están viviendo, no se los considera con la habilidad necesaria para reaccionar de manera ingeniosa, individual o puntualmente, frente a las instituciones que sobre ellos intervienen.

El Estado como dado genera una idea de coherencia, de afinación y coordinación a partir de la existencia de un nudo de coincidencias ideológicas básicas. Pero la realidad ha demostrado por el contrario que en general los discursos conviven con prácticas incompatibles. Por eso esta idea es concordante con la que mencionamos antes acerca de cómo el Estado se erige como un ente investido de objetividad cuya superioridad de mirada le permite plantearse como guías modelos universales de sociedad. Es decir, el Estado actúa como si fuera esta entidad homogénea y en este sentido se propone crear las

sociedades según los modelos que cree. Pero en realidad no lo es. Luego, no hay que explicar demasiado por qué no sería apropiado estudiarlo así. Si no es homogéneo por más que lo pretenda, no hay que estudiarlo así. Por eso es necesario un enfoque del Estado que permita aprehender estas inconsistencias. Como dice Bohoslavsky a la hora de encarar la resolución de algunos problemas muchas veces el Estado ha mostrado más incapacidad que doble moral. (2005: 126) Luego, es preferible reconocer que el Estado pueda ser incoherente, descuidado e ineficaz; antes que una maquinaria que todo lo ve y todo lo sabe. Aunque el parezca Estado tener ideas claras acerca de lo que quiere para su sociedad, no puede ser estudiado como un ente homogéneo de poder unidireccionado. Esto nos lleva a plantear como necesario dejar a un lado ciertos enfoques y conceptualizaciones comúnmente encontradas en la teoría política y rescatar en cambio otra modalidad, una que permita captar y distinguir esta naturaleza no ubicua, ni unívoca, ni completamente coherente del Estado.

El proyecto moral de la mediación es un buen punto desde el cual repensar el concepto de Estado ya que implica considerar seriamente las modalidades que el Estado asume en relación a actores diferentes de él. La moralización de la mediación nos pone frente a la pregunta por un modelo de Estado, en tanto es una clara muestra de cómo la relación público privado imprime una huella en algunas formas estatales. El intento por esclarecer este modelo de Estado es una de las dimensiones fundamentales del tema que aquí nos ocupa.

4. El Estado del que estamos hablando.

La mayor virtud de la perspectiva que aquí estamos pretendiendo construir para enmarcar el estudio de la moralización de la mediación podría convertirse en su mayor defecto. Es decir, dejar de considerar al Estado como una entidad homogénea, y unívoca y adoptar en cambio la otra perspectiva no implica considerar al Estado como un instrumento neutral, disponible para quien quiera servirse de él. Puede que no sea un Estado soberano (una única entidad compacta que representa una única población uniforme) pero la soberanía es importante para decidir quién y cómo puede sostener el poder del Estado. Aceptar que la soberanía, centrada y exclusiva, es difícil de localizar, como lo dice Geertz, es ignorar las

referencias centralizadoras de la autoridad por ejemplo de la organización militar y de la fuerza policial, de las cortes, las prisiones, los sistemas educativos. Por supuesto que todos ellos estos están siendo desafiados por otros actores que amenazan con competir y pasar sus límites. Ahora bien, ¿quién diría le diría a una persona en la cárcel que su encarcelación y su estatus de criminal es difícil de localizar? (Geertz 2004) Pocos pueden no estar de acuerdo en que el Estado es un conglomerado complejo y un catálogo de grupos híbridos. ¿Cómo creer y sostener que el Estado es homogéneo, centralizado, coherente? Evidentemente el Estado moderno tiene una naturaleza arbitraria, construida, fragmentada, cambiada. Y en este sentido es legítimo el llamado que se hace para girar la atención analítica y centrarla en el estudio de Estados complejos y heterogéneos, de la diferencia, el conflicto, la contradicción. (Goldstein 2004: 588) Es decir, la necesidad de dejar de lado el estudio del Estado como algo dado y acabado no implica un desdibujamiento del mismo ni de su poder. Sólo nos lleva a resaltar el estudio de otro tipo de elementos. El análisis del Estado que esta investigación quiere adoptar no asume simplemente que el Estado existe en la cúspide de la sociedad y que es el lugar central de poder. Por el contrario, el problema es resolver cómo el Estado asume ese papel vertical y su autoridad suprema que controla a todas las otras formas institucionales que toman relaciones sociales y que coordina las conductas sociales e individuales a través de estas otras instituciones. Debemos abandonar el Estado como un objeto material de estudio, pero debemos continuar tomando la idea del Estado seriamente. (Sharma y Gupta 2006: 8)

Abrams tiene una interesante propuesta sobre este aspecto. Él sostiene que por un lado existe algo llamado *sistema-Estado* que son las relaciones internas y externas de las instituciones políticas y de gobierno, y que éstas pueden ser estudiadas efectivamente sin postular la realidad del Estado. El sistema-Estado es un nexo palpable de prácticas y estructuras institucionales centradas en el gobierno. Y sus fuentes, estructuras, y variaciones pueden ser examinadas de manera empírica. Pero ironizando con Durkheim, nos dice que los hechos sociales no deben ser tratados como cosas. También hay una *idea-Estado*, proyectada y creída en diferentes sociedades en diferentes tiempos. Y sus modos, efectos y variaciones también son susceptibles de investigación. La relación del sistema-

Estado y de la idea- Estado con otras formas de poder debe y puede ser central a las preocupaciones del análisis político. El Estado es real e ilusorio al mismo tiempo. Las respuestas no pueden ser encontradas tratando de separar las formas materiales del Estado de las formas ideológicas. O lo real de lo ilusorio. La idea del Estado y el sistema Estado son mejor entendidos como dos aspectos de un mismo proceso. El fenómeno que llamamos Estado, emerge de técnicas que permiten a las prácticas materiales cotidianas tomar la apariencia de una forma abstracta y no material. La tarea de una teoría del Estado no es clarificar la distinción sino profundizarla. (Abrams 2006:170)

Esta mirada contiene efectos analíticos contundentes que resaltan dos planos: el de las prácticas de Estado y el de las representaciones del Estado.

Las prácticas de Estado aportan pistas importantes para entender la intencionalidad de la operación del poder. Pero también constituyen una puerta de acceso al modo en que los Estados son producidos y reproducidos.

La estructura de la autoridad burocrática depende de la re-fundación repetitiva de prácticas cotidianas. Estas prácticas reiteradas antes que ser una reflexión externa y superficial del núcleo de un Estado coherente y circunscrito en realidad constituyen el núcleo mismo. Las prácticas reproducen el Estado como una institución transversal al tiempo y el espacio; pero estas acciones realizan algo más que reproducir las condiciones que permiten la continuidad de una institución. (Sharma y Gupta 2006: 13) Las prácticas son una herramienta provechosa también en otro sentido: al atenderlas es posible clarificar la fuente y naturaleza de los conflictos al interior del Estado; que a la vez puede ayudar a explicar los impedimentos para la implementación apropiada de muchos programas. Estos conflictos e inconsistencias son fundamentales para la organización institucional y la reproducción misma. La herramienta de prácticas de Estado es un recurso que permite dar cuenta de la naturaleza fragmentada, de la tensión y en ocasiones hasta de la incoherencia enfrentada a la idea de objetividad y neutralidad. Resulta interesante reparar en la propuesta de Mitchell acerca de analizar el Estado como un efecto estructural. Esto es, estudiarlo no como una estructura real, sino como el poderoso y aparentemente efecto metafísico de las prácticas

que hace que tal estructura parezca existir. (2006: 180) Las prácticas son las que en realidad producen el efecto de que el Estado parezca una entidad estructural sobre-impuesta sobre todas las demás prácticas sociales. Lo que llamamos Estado, es en definitiva la suma de esos efectos estructurales.

El Estado es un efecto producido por la distribución organizada de tareas y roles, la coordinación del control, la combinación jerarquizada de elementos y su repetición. Todas estas son prácticas particulares. El orden y la coordinación de los procesos crean el efecto de un aparato diferente de las personas cuya “estructura” ordena, contiene y controla. El efecto del Estado construye un mundo que pretende ser algo distinto a un complejo conjunto de prácticas sociales.

Junto a las prácticas de Estado y como complemento analítico, las representaciones sociales de los actores constituyen otro de los recursos para reconstruir el concepto de Estado manifiesto en la mediación. El elemento simbólico así como el significado de las representaciones o imágenes que los actores elaboran implican otra modalidad clave de constitución cultural del Estado. Nuevamente y al igual que con las prácticas es a través las formas de pensar el Estado que la autoridad estatal se recrea. Estos conceptos y herramientas como recursos de análisis nos ayudan a construir la noción de Estado que necesitamos para la explicación de la moralización de mediación.

CAPÍTULO 2:

ESTRUCTURA DEL CÓDIGO MORAL DE LA MEDIACIÓN.

Introducción.

En este apartado profundizamos el núcleo central de la moral que la mediación despliega. Sostendremos que el mismo está compuesto por varias dimensiones cada una de las cuales apunta a un aspecto específico pero que entrelazadas permiten entender la lógica de este código moral que se aloja en la mediación. La organización del contenido moral de la mediación en dimensiones tiene como principal objetivo esclarecer la ideología misma de la mediación y en su estructura se identifican cinco componentes. El primer lugar, el problema que es necesario erradicar: la intencionalidad por crear algo nuevo o modificar de un estado de situación supone identificar un problema en la sociedad asociado a una imagen respecto de cómo es la sociedad, los sujetos y especialmente al papel que esa sociedad le da al conflicto. Segundo, un sujeto alrededor del cual gire la tarea misma de llevar la moralización a la sociedad, es decir el mediador. Tercero, el contenido mismo del código: la responsabilidad y la autodeterminación como los valores que definen el nuevo paradigma que la mediación quiere imponer. Cuarto, en esta tarea de modificar un estado de cosas es fundamental la identificación de un enemigo que se constituya como el referente del discurso negativo. Veremos que ese referente es la justicia y su modo de haber instalado en las personas una actitud respecto a los conflictos. Por último, ante el problema y el enemigo, el quinto componente del código moral: la mediación es la cura para revertir este estado problemático. Es el medio de salvación apropiado para resolver el problema.

Figura N 6: la estructura de la moral.

Dimensión moral	Rasgo definitorio
1. Definición del problema social	✓ Conflicto y alta litigiosidad.
2. Sujeto moralizador	✓ Vocación/técnica
3. Contenido	✓ Responsabilidad/autodeterminación
4. Referente negativo	✓ Justicia
5. Medio de salvación	✓ Comunicación, sentimientos, vida cotidiana.

1. El diagnóstico sobre el problema.

Anteriormente habíamos mencionado que cuando desde el Estado se diseña un cambio social al mismo tiempo se está definiendo un problema, o la valoración de un estado de situación para modificar. Avanzando sobre esos aspectos a continuación presentamos un repertorio de problemas de diversa índole que encontramos en el discurso de la mediación. La magnitud y naturaleza de estos presuntos problemas construidos crean un escenario ante el cual la mediación emerge como la respuesta más apropiada. Afirmaremos que el problema construido que sustenta el fundamento para el surgimiento de la mediación en Córdoba es el problema del conflicto, el litigio, su papel en la sociedad y la forma en que las personas tratan con ellos.

La crisis del sistema judicial es otro problema comúnmente asociado al desarrollo de la mediación en general. No obstante en el caso de Córdoba los actores que promueven la importancia de este problema así como la fuerza y carácter de su definición llevan a que la crisis judicial sólo sea un elemento que compone el escenario y prepara el terreno para el

proyecto moral, pero no interviene directamente. Es decir, veremos que el contenido moral del programa cordobés hace que sea necesario definir un problema *moral* en la sociedad –el alto nivel de litigiosidad- y no uno meramente institucional –la crisis del sistema de justicia- para dar curso a la mediación. La moralización necesita justificarse mediante un problema moral.

El accionar del Estado no es un asunto de causalidades. La definición del problema de la sociedad, o mejor, del mosaico de problemas de la sociedad es una pieza analítica dentro del marco de la moral de la mediación que funciona a modo de racionalización discursiva, en el sentido que ayuda por un lado a legitimar la nueva institución y por otra parte a justificar muchas de sus inconsistencias. La moralización tiene la intención de cambiar un estado de situación. Luego, es importante identificar un estado de cosas problemático para resaltar lo que se desea modificar. La tematización discursiva de los problemas de nuestra sociedad nos está dando indicios sobre lo que se quiere cambiar y cómo se justifica que eso sea valorado en un sentido negativo. Es así que se vuelven importantes algunos nodos que interconectados constituyen un mosaico que describe cómo somos. E indirectamente nos revela cómo deberíamos ser (contenido de la mediación) y con qué medio lo lograríamos (mediación).

Pero también reconstruir el diagnóstico acerca de los problemas de la sociedad es importante en otro y fundamental sentido: es una manera de entender los dispositivos que activan el accionar de la maquinaria política. Reparar en los problemas que la mediación ve en la sociedad nos ayuda entender la lógica de por qué ingresa al debate público la forma de resolver los conflictos. Construir esto es una manera de acercarnos a la respuesta acerca del por qué surge la mediación, los intereses de quién satisface, a quién y por qué le interesa modificar la moral de la personas, y si éste es el problema, por qué la solución es moral.

El problema institucional. Justicia: crisis y necesidad de cambio.

Aunque en un contexto de debate internacional la mediación está íntimamente asociada a la crisis de la justicia, en el caso de Córdoba esta asociación no debe ser descartada, sin embargo por tres razones debe ser considerada con reparos. Esto es importante aclararlo. La forma en que se desarrolló el caso cordobés hace que el colapso judicial no pueda ser pensado exclusivamente como uno de los elementos del repertorio de reformas. No obstante no podemos descartar su importancia en un momento inicial, porque constituye el marco que habilita a que algunos actores dispongan recursos estatales para implementar su visión de la sociedad. Pero sólo en ese momento y sentido. Luego su importancia como problema que moviliza la introducción de cambios pierde fuerza. A continuación argumentamos el por qué de esta afirmación.

En primer lugar porque la definición del problema marca el tipo de solución. En la crisis del sistema judicial y dentro del repertorio de opciones para resolverla, los medios alternativos asegurarían aumento del acceso a la justicia y eficiencia –al menos así está planteado-. Pero en realidad el problema de la crisis institucional de la justicia debería llevar a otras soluciones distintas, más de largo plazo que impliquen tal vez el cuestionamiento de factores políticos, técnicos y estructurales que son los que actualmente inhiben el funcionamiento efectivo del Poder Judicial. La reforma judicial es un proyecto de modernización orientado a mejorar la accesibilidad, independencia política y eficiencia de la administración de justicia. (Bergoglio 4); no un proyecto de moralización. La solución institucional a la justicia no es el problema que manifiesta el proyecto moral de la mediación. Esta afirmación corresponde a un nivel de funcionamiento institucional y en este sentido estamos convencidos que la mediación no es un elemento que resuelve el problema de la justicia. Esto es lo que sostenemos desde la perspectiva del análisis sociopolítico: de ninguna manera creemos que estos nuevos métodos resuelvan el problema del acceso a la justicia ya que el mismo es producto de otros factores que no se resuelven institucionalmente. No obstante aquí no es la perspectiva del analista la que interesa sino el papel que esta explicación juega en la mediación en Córdoba y especialmente en el

proyecto moral. El siguiente nivel es el que nos dice cómo el proyecto de Córdoba trató el problema de la crisis de la justicia.

El segundo argumento es que esta asociación no jugó un rol contundente en el recinto legislativo, más bien fue motivo de apoyo y al mismo tiempo de resistencia a la mediación. Por un lado, y en defensa de la mediación la crisis de la justicia era un contexto fundamental para justificar la creación de una nueva forma de resolver los conflictos. Aunque se reconocía que la ley que se estaba debatiendo no era *ni la panacea ni la mejor ley* los defensores de la propuesta veían en ella una de las mejores alternativas que -desde la responsabilidad de legisladores- podían ofrecerle a la sociedad.⁴⁴ El argumento era llano: la evidencia del colapso judicial había comenzado a generar efectos colaterales y los legisladores *eran* los encargados de buscar una alternativa a esta crisis. Entre esos efectos uno de los más graves era un aumento tal de la litigiosidad -producto de la no resolución de causas por parte de la justicia- que se había vuelto incompatible con las exigencias de una vida comunitaria armónica. Así emerge casi de manera natural la necesidad de encontrar los medios apropiados para atender el problema. La mediación tenía que resolver este problema.

El mismo escenario llevó a otro grupo de legisladores hacia una dirección opuesta al optimismo depositado en la futura ley de mediación. Sostenían que el papel del Estado y del legislador era devolverle a Córdoba una justicia eficaz. En el origen de la ineficacia de la justicia este grupo ubicaba al poder político. Y en consecuencia la misma crisis era definida en términos distintos: desplazamiento del Superior Tribunal de Justicia, no cobertura de vacantes de jueces, disminución del presupuesto de poder judicial, improvisación, códigos procesales imposibles de ser aplicados por su incongruencia con la realidad. La crisis judicial no era una consecuencia del aumento de la litigiosidad sino de la inoperancia política. Así, darle cabida al proyecto de mediación sería “decirle a la ciudadanía que los legisladores han claudicado en la responsabilidad primigenia de darle justicia a los ciudadanos y que en cambio, como están impotentes por ello, les obsequian

⁴⁴ Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Prov. de Córdoba. Año 1997, Tomo 2. pág 778.

este proceso alternativo. Pensar la mediación como una solución a la justicia sería claudicar la responsabilidad primaria de devolverle a la ciudadanía justicia, es decir, devolverle los principios constitucionales de acceso a la justicia.”⁴⁵

Tercero, la crisis del sistema judicial no necesariamente deriva en un proyecto moral. Al menos no todas las reformas para solucionar el problema de la justicia que se hicieron en este sentido se desarrollaron por esos carriles, aún en Argentina. La crisis de la justicia es importante para nuestro proyecto de moralización pero sólo porque instala por primera vez el tema y genera la posibilidad de institucionalizarlo, pero de allí al proyecto moral el paso no es automático. Allí, en ese intermedio sucede algo que le aporta a la mediación ese tono particular, por eso no se agota en ésta la explicación del surgimiento de *esta* mediación de la que estamos hablando, de la mediación que quiere moralizar. Este es un aspecto muy importante para considerar, porque aunque la crisis de la justicia no genere por sí sola e instale por defecto una solución moral a la sociedad, sí abre el espacio para que eso se desarrolle. La crisis de la justicia en Córdoba creó la coyuntura para que un grupo de actores desde y en el nombre del Estado promovieran una forma de resolver los conflictos defendiendo una visión del mundo y de la sociedad. El proyecto de mediación no se limitó a resolver el problema de la justicia sino que cambió el tópico: lo importante no era mejorar la institución judicial sino crear un clima moral particular. Así la mediación constituye un espacio para que un grupo de actores utilizando el ámbito y los recursos del Estado impongan su visión del mundo.

El problema moral: el conflicto y la litigiosidad.

El segundo nudo de problemas que vamos a describir es el que construye las posibilidades para el desarrollo de la moralización de la mediación. En este conjunto de problemas es desde donde comienza a orientarse el tipo de respuestas que la moralización viene a ofrecer. La construcción de este problema se elabora dentro del discurso mismo de la

⁴⁵Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba N° 35, Año 1996, pág 2361

mediación por eso corresponde al nivel y punto de vista de los propios actores implicados en la mediación. Como dijimos antes, el tipo de problema orienta el tipo de solución, es la construcción *moral* de un problema de la sociedad la que amerita una intervención *moral*. Ahora bien, ¿de qué trata este problema moral de la sociedad y que necesita ser intervenido *moralmente*? Se trata de un diagnóstico acerca del conflicto en la sociedad: (1) sobre cómo las personas tratan con él y (2) sobre el aumento de la litigiosidad de los últimos tiempos. ¿Cuál es el problema para que sea necesaria una nueva manera de tratar con los conflictos?; ¿cómo somos según el discurso de la mediación?; ¿qué es lo que marcha mal y deberíamos cambiar? La mediación en su intento de *creación* una nueva moral construye un escenario de problemas, de imperfecciones y problemas de la sociedad. Es en parte este un ejercicio que legitima la intervención misma. Así, la definición de unos cuantos males sociales forman un cúmulo problemático que a la vez es una pieza más en la estructura del código moral de la mediación. Por eso el objetivo de este apartado es describir cuál es ese problema, qué aristas tiene, y cómo contribuye a la definición del proyecto moralizador.

(1) *Sobre el tratamiento del conflicto.*

Para la mediación el conflicto no es algo perjudicial en sí mismo. De hecho sostiene que la interpretación general que circula sobre el conflicto lleva a tener una visión maniquea del bien y el mal, de manera que lo bueno sea suprimir de forma radical el conflicto como si fuera el mal, porque se cree que es lo que impide a los hombres y sociedades vivir en concordia. (Torremorel 2003: 28) Es decir, la mediación no pretende erradicar el conflicto como si fuera un mal. El problema pasa por otro lado y el papel del conflicto en la mediación es presentado como algo más amplio que aquello que hay que resolver en una mesa de mediación. La mediación intenta ver el conflicto como una forma de gestión de la vida social y por lo tanto, de transformación cultural. No obstante nos advierten que sólo será positivo siempre y cuando sea *gestionado* de cierta forma, de la forma que la mediación quiere implantar. Esto pertenece al ámbito del deber ser; pero el modo en que las personas viven efectivamente el conflicto, manifiesta un tipo de consecuencias que la mediación identifica como negativas. Y por eso es parte del problema. En otras palabras, el

problema pareciera no ser el conflicto en sí sino la manera en que las personas están acostumbradas a tratar con él y a enfrentarlo.

Para la mediación el conflicto es parte del problema del cómo somos. Y el esfuerzo de la mediación consiste en elaborar una mirada *constructiva* sobre él. Entre los rasgos más importantes que ubican al conflicto como parte del problema moral de la sociedad la mediación encuentra que:

- *Un conflicto siempre trasciende el ámbito en el que se inicia:* No es imposible conocer aproximadamente dónde empieza un conflicto, pero tampoco podemos determinar con exactitud el grado de repercusión que alcance. El conflicto genera una escalada porque se va incrementando con la desilusión, la desesperanza, la frustración, y ante cualquier disparador estalla. Por un lado trasciende de un ámbito individual a uno interpersonal. Pero además de lo interpersonal, algo sucede en el mismo plano de la subjetividad: la sensación de angustia de no haber canalizado adecuadamente un conflicto también genera consecuencias en las distintas facetas de esa misma persona. Y esto porque alguien que sigue conviviendo con el conflicto toda su vida sufre consecuencias porque esa persona es padre, hermano, hijo, trabajador, vecino.⁴⁶ Los problemas de uno son problemas de varios, por lo tanto, la mediación profesa que los beneficios de uno pueden ser beneficios para todos. Ante esta característica que le adhieren al conflicto, los mediadores expresan que la gente sola y por sí misma no puede romper esta problemática escalada. Entonces, ahí entra en el esquema la mediación rompiendo este círculo mediante la intervención de un tercero neutral. Y aunque esta tercera persona no se supone les dé la respuesta, sino que van a ser las mismas partes las que encuentren el modo de resolverlo, en el discurso de la mediación no es posible que esta solución aparezca antes de que un mediador intervenga.⁴⁷

⁴⁶ El ámbito vecinal es, para los mediadores, el caso más transparente a estas características de expansión del conflicto, y se señalan los ejemplos más coloquiales: el ruido de un perro que ladra, las raíces del árbol que rompen una vereda, la humedad en la medianera.

⁴⁷ Se entiende la intervención de una tercera parte neutral, y esto queda más o menos explicado. Pero lo que no se explica es por qué esa intervención tiene que ser extraordinaria (un programa estatal puesto en marcha). Si lo que importa es la intervención de un tercero, podría ser cualquiera que las partes legitimen como tal. Este punto es mencionado sólo al pasar por un mediador.

- *El conflicto persiste.* Para la mediación esto sucede porque las personas no tienen iniciativa de solución. La mediación también tiene una idea sobre cómo maneja la gente los conflictos, y esta idea es otro componente del gran problema moral de la sociedad: la gente tiende a negar los conflictos, pero no hacerlos visibles no los desaparece. A los conflictos las personas los abandonan, *los dejan allí* y los mediadores creen que esto es porque son escépticas respecto a las posibilidades de solución; pero además porque no tienen forma de llegar a la solución, por eso abandonan el problema, lo ignoran. Entonces no se resuelve en parte por el escepticismo respecto a lo que pueda ofrecer el sistema judicial; para los mediadores "*está instalado en el imaginario social que hacer un juicio es algo muy engorroso*".⁴⁸ Pero también existe la percepción de que las personas *prefieren* quedarse con un problema justamente porque el común de la gente no quiere tener problemas, aunque sea paradójico. Es decir, se asume que resolver un problema es involucrarse en otros, por eso mantenerlo sería un mal menor. Pero ese mal menor dejaría una insatisfacción que nuevamente se manifiesta en distintos ámbitos y crece.

El discurso de la mediación también resalta que la sensación de impotencia que siente una persona al no solucionar un conflicto la lleva a tomar decisiones inadecuadas, y así se crea un sin fin de situaciones producto de no poder dar solución a un conflicto, que a la vez tiene consecuencias no beneficiosas ni para la propia persona ni para la comunidad. Las personas no resuelven. La sensación que deja el no haber hecho nada por resolver un conflicto es tanto o más insatisfactoria que el conflicto mismo, el conflicto de no resolver el conflicto.

Para la mediación la sociedad tiene un problema y es justamente que no resuelve los problemas, y cuando sí lo realiza no lo hace del mejor modo: la gente intenta depositar sus problemas en otro; y por eso lo primero que hace es consultar con un abogado. Así es que para la mediación somos una sociedad que no asume la responsabilidad de su conflicto.

⁴⁸ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

La tematización del conflicto en el discurso de la mediación se realiza a partir de sus consecuencias individuales y sociales, y así queda construido como un problema moral antes que político o institucional. La mediación no se preocupa por las bases o las raíces del conflicto sino sólo por cómo el conflicto –la manera en que la gente lo enfrenta- degenera una sociedad.

Como dijimos antes, la definición del problema es parte de la definición de la solución, o viceversa. Por eso un punto fundamental es la tendencia que vemos en la mediación a minimizar el conflicto y maximizar el orden a través de la administración del mismo. Esta parece ser la estrategia de la mediación. La mediación necesita dejar muy claro el significado moral del problema que sufre la sociedad, luego, la solución ya tiene gran parte del camino justificado, al menos desde el plano retórico de la racionalización del hacer político.

(2) *Violencia y la litigiosidad.*

Otro de los grandes componentes de la definición del problema de la sociedad –para luego intervenir con un proyecto de moralización-, es la imagen respecto a lo violenta que es la sociedad y del litigio como canal de esa violencia. Hoy para la mediación es ésa la característica de la sociedad. *“Si vos me decís cualquier cosa, un insulto, una agresión, o si me ofendes moralmente, te amenazo con mandarte mi abogado. Es como el castigo, el litigio se ha convertido, más que en una resolución de conflicto, en el castigo hacia el otro que me ofendió o me molestó.”*⁴⁹ Sosteniendo esta imagen de la violencia se halla una imagen de un sujeto no pacífica, que siempre quiere ganar lo que pretende. Y la forma para ganar lo que pretende es litigando, porque –argumentan- estamos formados en una cultura del conflicto y del litigio. La mediación se propone cambiar esto introduciendo la fórmula ganar-ganar (y no perder-ganar). Los mediadores ven que es muy difícil que alguien quiera pacíficamente resolver sus conflictos porque aún estamos inmaduros para eso. Pero suponen también que esta situación es reversible. Los mediadores creen que

⁴⁹ Entrevista N° 10. Mediador abogado.

brindando espacios positivos alternativos y situaciones creativas la gente entonces querrá soluciones buenas. Por eso aunque en realidad la sociedad sea agresiva y violenta, también es vulnerable a los cambios que la mediación se propone.

A pesar de todo lo ruda que pueda ser la sociedad, los mediadores necesitan redimirla de esta característica, y por eso encuentran todo tipo de explicación para lo que somos, que recaen en una serie de falencias. Argumentan que la gente no es mala, sino que necesita hablar y que la escuchen. También necesitan ayuda, desde la escucha, y acompañamiento en el problema. Si la descripción de la sociedad sólo se quedara en los aspectos más duros, es decir, si las personas no fueran dóciles y frágiles no tendría ningún sentido formular un cambio en la sociedad. Es una sociedad violenta y litigiosa, por eso necesita una intervención moral, pero es al mismo tiempo necesario que describan a la sociedad como maleable y susceptible al cambio, si no, la mediación no tendría ningún efecto.

Dejando de lado lo que encontramos en el discurso de la mediación y ahora sí pensando lo que ella dice desde un plano analítico sostenemos que el discurso del conflicto, la violencia y la litigiosidad que la mediación propone marca una problemática relación de causalidad entre conflicto, mediación y acuerdo. La creencia que la mediación es un medio apropiado para bajar los índices de litigiosidad que *aquejan* a la sociedad tal vez podría sostenerse sólo si aceptáramos que litigiosidad es un número que indica casos ingresados a tribunales. Pero aún simplificando un proceso social como la litigiosidad a un simple número, todavía quedan algunos problemas: la mediación no asegura por sí misma un acuerdo, y mucho menos que un acuerdo implique la *solución* de un problema.

Por otra parte el entusiasmo en la incorporación de mecanismos alternativos de resolución de disputas propuesto para crear un sistema capaz de ocuparse de las grandes cantidades de nuevos litigios, de la inflación de la litigiosidad, tiene un lado opaco. Respecto a esta cuestión Nader la califica como uno de los grandes mitos de la mediación. Reconociendo que gran parte del fundamento de la mediación se basa en el aumento de la litigiosidad en la sociedad, la autora sostiene que esto es completamente falso. El postulado que indica que ha habido una explosión del litigio y el nivel de conflicto es una construcción ideológica

que no tiene sustento empírico. La litigiosidad tiene una exclusiva presencia simbólica. (2002: 143) Su posición es contundente “el argumento sobre la explosión de la litigiosidad es promovido por un grupo de personas que estaban más preocupadas por *quiénes* eran los litigantes que sobre el monto del litigio mismo, por eso es una construcción ideológica. La mediación como modelo de pacificación es un intento de parte de poderosos intereses en el derecho y la economía para frenar los litigios de las masas, disfrazado por una retórica de la explosión de la litigiosidad.” (Nader 2002: 144)

Todas estas manifestaciones constituyen un corpus discursivo, compuesto por representaciones acerca de la sociedad, el conflicto y la mediación y también de prácticas concretas en donde estos aspectos se manifiestan. Y esto es importante señalarlo, porque cuando pretendemos pasar de este nivel discursivo al de las prácticas de mediación, no todo puede ser sostenido. Por eso recalcamos que lo que nos interesa en este punto no es la verdad o falsedad de los argumentos, ni tampoco su posterior grado de aplicabilidad. Por otra parte, podría sostenerse que el argumento de la mediación es circular y contradictorio: porque hay demasiada litigiosidad, es necesario intervenir con la mediación; pero justamente por cómo es la sociedad en su manejo del conflicto, las personas no van a utilizar estos métodos. Lo que queremos es destacar cómo la mediación construye en un plano discursivo, práctico y representacional un problema moral en la sociedad. Y de esta manera se prepara a sí misma el camino para la intervención moral. Si la crisis de la justicia no amerita una respuesta moral, el problema del conflicto y la litigiosidad sí.

2. La constitución de un sujeto moralizador.

El tipo de análisis que pretendemos desarrollar sitúa su mirada en un modo de entender al Estado como un aparato cultural. Este postulado entre otras cosas implica que aunque pueda existir una definición funcional o práctica que más o menos defina *el* Estado como institución, cada Estado es profundamente diferente en términos de los significados que los sujetos construyen en torno a él. Es decir, la de las significaciones es una arena fundamental en donde se juega la definición del Estado, sus límites, sus funciones, su manera de hacerse presente en la vida de las personas. Esta esfera está en un constante interjuego de definiciones con prácticas cotidianas que definen culturalmente al Estado. Esta sección desarrolla cómo los mediadores, en tanto actores fundamentales del proyecto moralizador, se erigen como los sujetos portadores de la ideología de la mediación.

Los mediadores son los agentes centrales en los que se concentra la tarea de llevar adelante los objetivos de la mediación. La mediación necesita constituir un sujeto moralizador y ese es el mediador. Esto queda muy definido en los documentos que señalan cuáles deberían ser los rasgos más importantes de estos sujetos. El núcleo de la moralización está asociado al carácter vocacional de la figura del mediador. Al mismo tiempo un aspecto técnico y profesional emerge como la otra cara que define al sujeto moralizador. La moralización es vocación, pero al mismo tiempo es técnica. Ambos rasgos se conjugan y dan forma a uno de los pilares que sostienen la mediación, los mediadores.

Un perfil para un sujeto moralizador.

En Córdoba la mediación no se concibe sin los mediadores.⁵⁰ Es a partir de ellos que la mediación, como proyecto político, construye su “agente moralizador”. Aunque en general el análisis de las prácticas de los actores así como de sus representaciones tiene como rasgo predominante la ambivalencia y contradicción, por el contrario en la construcción de la figura del mediador como el agente moralizador encontramos convergencia, ella está constituida por una cantidad de elementos que conforman una imagen bastante homogénea. El del mediador es un lugar que aparentemente no está atravesado por la lógica de la diferencia que caracteriza a la casi totalidad del discurso de la mediación. El perfil del mediador, lo que esta figura representa, aporta a la mediación uno de sus lugares consistentemente establecidos.

En primer lugar hay que señalar cuáles son las actitudes fundamentales que se postulan como exigibles y así funcionan como filtro primero para definir quiénes son los que podrían llegar a estar incluidos en la categoría “mediadores”. Del mediador se espera, o mejor dicho, al mediador se le exigen competencias actitudinales, lo que significa tener una actitud informada por la honestidad, la ética, la integridad, la responsabilidad y la independencia. También se señalan como esenciales del perfil de mediador aspectos relativos al carácter y la forma de ser de las personas. Así, se esperan cosas tan generales y ambiguas como que no sea una persona agresiva, o que tenga apertura mental. Hay un primer gran sesgo o corte que enseguida deja afuera de las posibilidades a aquellas personas que no tengan estas características personales.

Por otra parte, especialmente para la mediación comunitaria en un momento se discutía una propuesta: los mismos vecinos deberían ser los encargados de llevar adelante las disputas entre otros vecinos. Pero no cualquier vecino podría hacerlo, sino tendría que ser uno que

⁵⁰ Luego de la reglamentación de la ley no es lo mismo la mediación sin mediadores. En teoría, nadie que se jacte de ser mediador podrá serlo o ejercerla sin haber realizado los cursos de formación, es decir, sin cumplir con las reglamentaciones dispuestas por la ley. Por eso en el contexto que estamos analizando los mediadores son el centro de la mediación porque sin ellos nada de lo reglamentado podría ejecutarse.

tuviera motivaciones y una efectiva participación en hechos de trascendencia comunitaria. (Barbosa y Magris 1999: 21) El objetivo en ese entonces era reclutar vecinos con actitudes de servicio a favor de sus otros vecinos, con un compromiso vocacional hacia la problemática comunitaria de manera de tener garantizada la real inserción en la problemática de la comunidad.

Aunque hay un énfasis especial en que el sistema de incompatibilidades para el perfil del mediador debe ser claro y rígido, nunca logran especificar cómo podrían controlar estos aspectos -ya que no se trata de parámetros ni cuantificables ni transparentes a cualquier persona-. El perfil que la mediación busca para los mediadores no pretende lograrlo ni con la profesión de base que exige como requisito, ni con la capacitación y formación. Esto último sólo aportaría los elementos de carácter técnico no así los actitudinales.

Este es un problema que preocupa a los operadores y especialmente a los formadores, quienes aciertan que el perfil no es fácil de evaluar, ni de adquirir, y por supuesto no necesariamente proviene de la profesión de base; pero que en la mayoría de los casos estos rasgos son transparentes y salen fácilmente a la vista. La dificultad de dar con el perfil indicado de persona queda confiada al *buen ojo* del formador-evaluador. Pero además otro elemento apuntala el argumento que indica que es muy difícil equivocarse en la selección de un mediador: la certeza de que quien se acerca a hacer un curso de mediación, *"es una persona que previamente tiene algo, tiene capacidad para algo especial; no porque si una persona va a venir a hacer un curso de mediador. Más bien existe algo que lo ha llamado a hacerlo, hay características, hay actitudes que hacen que esa persona se forme como mediador. Esas características son los valores como persona."*⁵¹ En este lado de la representación del sujeto moralizador que es el mediador, el carácter técnico y experto del asunto queda supeditado al moral.

⁵¹ Entrevista N° 20. Mediador no abogado.

Los mismos mediadores entienden y describen su lugar en la institución. Los detalles acerca de su papel como parte de un proyecto más amplio, su lugar en el mismo, la manera en que se autonominan, son rasgos que juegan un rol fundamental en la presentación de estos actores dentro del Estado así como en la jerarquía institucional.

Sharma y Gupta explican que la circulación y diseminación pública de estas imágenes del estado, de los actores y sus acciones permite a las personas en diferentes niveles de la burocracia -así como a aquellos que están fuera de las instituciones- imaginar lo que el Estado es, lo que propone hacer, dónde están sus límites y cuál es su lugar en la relación de las instituciones estatales. (2006:18) A través de imágenes específicas y localizadas, así como de experiencias personales, el Estado es imaginado discursivamente como algo más grande que sus manifestaciones locales. Como sostienen estos autores, las técnicas representacionales estatales ayudan a suturar los diferentes niveles de burocracia dentro de un todo aparentemente organizado y coherente, y definen la relación de los funcionarios con el sistema más amplio.

Aunque muchos sostengan, incluidos los mediadores, la necesidad de darle a la actividad de mediador un carácter profesional que les permita hacer de ella el medio de vida de quienes la ejercen como con cualquier otra profesión, persiste una idea de excepcionalidad de la actividad. “Es muy común escuchar a muchos de los que se acercan al campo de la mediación decir: *¡yo hago lo mismo en mi estudio! ¡Lo he venido haciendo toda mi vida!* Pero lo cierto es que, sólo aquellos que pudieron ponerse en la piel de un mediador intentando utilizar las técnicas de resolución conjunta de problemas frente a las partes, sabemos de las enormes diferencias que hay entre el ejercicio de este rol y cualquier otro.” (Barmat y Rivero 2001: 13) La cita es un poco exagerada tal vez, pero refleja gran parte del significado que se autoatribuyen los mediadores.

Dos características ayudan a definir lo paradigmático de esta imagen construida de los mediadores: la idea del cambio social y la del compromiso. En primer lugar el mediador se dice a sí mismo una persona que no sólo cree en la posibilidad de la transformación social y tiene *fe* en ella, sino que tiene la vocación que se necesita para sumarse como parte activa en ese proceso de cambio defendido.

*El mediador operaría como el canal comunicador porque reestablece el diálogo entre las partes y las orienta para que encuentren una solución consensuada. El mediador está convencido de que él tiene algo que los otros no tienen: es la capacidad de comunicación que las partes han perdido, y por eso tiene que enseñarles nuevamente el camino.*⁵² Pero también en esta definición, un mediador tiene las herramientas para el cambio, sólo tiene que saber usarlas, y algo más: darle esas herramientas a las personas. De esta manera es *“el que empieza a sembrar”*.⁵³ “Habrá una ineludible relación entre la mediación y su éxito si es realizada por un profesional que confíe en el sistema, sea honesto con sí mismo, humilde y equilibrado, perceptivo y que sepa escuchar, mantenga en todo momento la calma, imparcial y que no pierda la objetividad, esté adecuadamente capacitado y entrenado, tenga experiencia de vida, genere credibilidad y empatía”. (Barbosa y Magris 1996:28) De esta manera el mediador es definido como la columna vertebral del sistema, el gran protagonista del método y de él dependerá el mayor o menor éxito de esta nueva visión de la resolución del conflicto.⁵⁴

La vocación se expresa en el recuento de las motivaciones repetidas incansablemente en las voces de los mediadores. La necesidad de hacer algo por los demás y la creencia en la posibilidad del cambio, de que la sociedad sea mejor: *“creemos mucho encontrar algo*

⁵² Fragmentos extraídos de las entrevistas.

⁵³ Entrevista N° 20. Mediador no abogado.

⁵⁴ Luego el protagonismo atribuido aquí a la figura del mediador será atenuado cuando la discusión gire sobre las características del proceso de la mediación en sí: en este momento el discurso de los mediadores cede la primacía a las partes.

mejor, queremos un país mejor para nuestros hijos y para los valientes que vienen acá a pelearla. Queremos ofrecer el contexto para que todo sea mejor, y por eso a mi me encanta, por esa responsabilidad. Uno tiene la herramienta, hay que saber usarla.”⁵⁵ “Nos mantenemos en esto porque creemos, porque le apostamos a que esto cambie en un futuro, es una inversión hacia el futuro y de alguna manera queremos brindar algo a alguien. Creo que por eso estamos aquí, y hay mucha gente que piensa así aunque no les reditue como profesión.”⁵⁶

El rol social que se atribuyen los mediadores se asemeja al desarrollo que Foucault realiza acerca del poder pastoral. Éste se define por la benevolencia, no tiene otra razón de ser que hacer el bien; y lo esencial del objetivo es la salvación del grupo. Este rol se manifiesta en un deber, una misión, en el que la forma adoptada por el guía no es la manifestación de superioridad y poderío sino su dedicación, su aplicación indefinida. El pastor es el que “vela” en el sentido de vigilancia del mal que puede hacerse y de las desventuras que pueden sobrevenir. (Foucault 2004: 156)

Peró además junto a este compromiso de velar por el *rebaño*, es el desarrollo personal a través del aprendizaje que deja la mediación y las habilidades de comunicación para todos los ámbitos de la vida el otro gran pilar en el que los mediadores ponen el énfasis para continuar a pesar de la adversidad. Así, el mediador no sólo concientiza, forma y capacita a terceros sino que constantemente lo hace con él mismo, la mediación les ha cambiado la manera de mirar y actuar la vida.

Los que forman la mediación en Córdoba tienen un sentido de misión compartida fundada en los valores de interpretar el conflicto como una arena de la cual se puede aprender y sacar cosas buenas.

⁵⁵ Entrevista N° 10. Mediador no abogado.

⁵⁶ Entrevista N° 14. Mediador abogado.

Sin embargo, aquí vale la pena reparar en las reflexiones de Du Bow y Mc Ewen en una interpretación similar sobre la experiencia de justicia comunitaria en San Francisco, Estados Unidos: los voluntarios desde que se involucran en los programas de mediación refuerzan aparentemente un sentido de responsabilidad así como de habilidades para la comunicación que ya traen previamente. (1993: 165) A partir de ese hecho los autores se preguntan, y no es fácil de responder, hasta qué punto el impacto del programa de mediación se extiende más allá de las subjetividades de sus operadores. Las “evidencias” de transformación de las actitudes públicas y el comportamiento en general atribuible al accionar de la mediación en las áreas en donde los programas operan no están garantizadas.

Siembra, conversión, camino, fe, son los términos con los que los mediadores dan forma a su rol social. Pareciera que la del mediador no es ni una profesión ni siquiera una función social. Estos conceptos no abarcarían el plus que rodea y define al mismo tiempo esta actividad; la dejarían sin el halo que la lleva mucho más cerca de ser una misión cargada de un significado casi mesiánico, que una ocupación. El movimiento crea una comunidad especializada de proveedores de mediación con su propio lenguaje, cultura, forma de organización. Son los mediadores y el conjunto de gente que trabajan en mediación quienes forman la nueva comunidad creada en la ideología de la mediación, no los vecinos a los que esos centros sirven. Esto es lo que comenta Yngverson respecto a un caso en San Francisco, Estados Unidos: el programa en efecto ha creado una comunidad interna, pero la de aquellos que participan en los programas como voluntarios. Ellos, no la gente con problemas, son los que se llaman miembros de la comunidad. Los voluntarios son los que participan en las actividades de adquisición de habilidad para la resolución de conflictos. Se puede decir que la comunidad creada por la justicia comunitaria de San Francisco es la de los voluntarios y no la de la gente que vive en los vecindarios. (1993) Los programas proveen un lenguaje y una cultura, una misión, una vida social a los que se incorporan para trabajar allí.

Los mediadores son los actores sociales que asumen la responsabilidad de poner en marcha este gran proyecto moralizador del Estado cordobés. En otro momento veremos que existe

una distribución de la carga de llevar adelante con éxito este proyecto.⁵⁷ Veremos que la distribución de las responsabilidades entre muchos sectores de la sociedad funciona como un recurso para justificar y explicar a sí mismos y a terceros los puntos débiles. Es decir, podría funcionar como distribución de culpas. Pero aquí son los mediadores –entendidos a sí mismos como parte del Estado más allá de si trabajan en centros privados – los que asumen la responsabilidad. ¿Cómo entender esta diferencia sin atribuirle contradicción que le quite validez a alguna de ellas?

El recurso de asumir como propia y casi exclusiva la responsabilidad de la mediación es uno que se articula para dar cuenta de los objetivos y cambios concretos que la mediación pretende conseguir en las personas y su cultura. Por eso este recurso se desarrolla íntimamente ligado a las individualidades de los mediadores, a sus subjetividades. En el sujeto de la moralización que construye la mediación las facultades vocacionales que los sujetos mediadores tienen en virtud de su cargo o *profesión* no están separadas sino conectadas con las cualidades de las personas.

Tal vez así podríamos aceptar ambas explicaciones y en lugar de descartarlas por carecer de coherencia interna enriquecer en cambio la perspectiva de la múltiple significación como esencia de una perspectiva para estudiar desde adentro una institución como el Estado.

Estudiar lo que los actores estatales, en este caso los mediadores, piensan sobre sí mismos revela una manera en que el Estado se hace real en la vida de las personas. A través de prácticas de autorepresentación estos sujetos se presentan a sí mismos como agentes del Estado con un estatus especial definido por la virtud de su asociación con el mismo, y como representantes de una institución particular con una posición dentro de ella. (Sharma y Gupta 2006: 20) Así toma forma una jerarquía social que se moviliza en las prácticas cotidianas del Estado y que lo trasciende hacia otro tipo de jerarquías sociales.

⁵⁷ Capítulo 3.

Ambivalencia entre lo técnico y lo moral / vocacional.

El aspecto vocacional tiene un contraste fuerte en las mismas alocuciones de los mediadores, en el discurso van apareciendo contrapuntos que quitan fuerza al argumento vocacional. Más bien, éste se ve reconfigurado con la introducción de otras dimensiones. La primera de ellas es la que se refiere a la retribución económica por la tarea desarrollada. La importancia de la vocación orilla la actividad del mediador hacia el voluntariado, y en este sentido es ocasionalmente definida la profesión. Pero esta es una situación de la que los mismos mediadores reniegan: las condiciones de remuneración y honorarios que establece la ley hace que sea imposible que un mediador viva de la mediación. Es decir, la vocación no suplanta ni elimina la expectativa por la remuneración. En todo caso, sería una vocación remunerada. Ningún mediador está dispuesto a vivir de esa forma de su "vocación", sólo idealmente. Parafraseando a Weber, todos quieren vivir *materialmente* de esta vocación. (Weber 1984: 199)

El plan original de la ley de mediación explica que la retribución del mediador se orienta hacia el logro de satisfacciones gratificantes en materia de consideración y respeto antes que en la obtención de remuneración económica. A pesar de defender el aspecto vocacional, los mediadores no están conformes con esta única gratificación y manifiestan constantemente la necesidad de asegurar legalmente la mejora de las condiciones que establecen los honorarios que ellos perciben. Se trata de un problema manifiesto en el ambiente, pero el argumento de la no conformidad con las situaciones de remuneración tiene implícita una justificación y es ahí donde emerge nuevamente el aspecto vocacional. La vocación es recurrida para la autojustificación de su permanencia en el sistema. Es decir, los mediadores se sienten compelidos a encontrar una explicación que no los haga desistir ante tan adverso contexto de gratificación económica. La vocación es lo que emerge justo en ese momento.

La otra dimensión que reconfigura la vocación es una definición casi opuesta a ella misma. En el otro extremo del énfasis en el aspecto vocacional del mediador se encuentra un aspecto técnico. Frente al compromiso con el cambio social, el profesionalismo. La

ambivalencia entre dos argumentos de explicación de la mediación es constante y atraviesa de manera especial la discusión sobre la figura del mediador.

La mediación no abandona su misión de cambio social, pero sí el discurso desarrolla el aspecto técnico especializado que esta institución requiere. De hecho, la mediación es una técnica y como tal, se pone el acento en la formación y capacitación en ella. Es decir, la mediación implica una capacitación especializada y constante que garantice conocimientos específicos que posibiliten el logro de los objetivos deseados, los mediadores deben ser capacitados para adaptar con total ductilidad el método de la mediación a las características del medio donde se aplica. (Barbosa y Magris 1998)

Sin embargo, no se trata sólo de asegurar la idoneidad técnica sino y fundamentalmente la idoneidad moral de los operadores del sistema. En este sentido, la capacitación en la mediación se dice estar orientada hacia la adquisición de *competencias cognitivas*: poder conocer, comprender, aplicar, analizar, sintetizar y evaluar; *competencias procedimentales*: poder adquirir la habilidad para la comunicación oral y escrita, entrevistar, asesorar, negociar, analizar, investigar, resolver cuestiones pero también *competencias actitudinales*: actitud informada por la honestidad, la ética, la integridad, la responsabilidad y la independencia. (Barbosa y Magris 1996 : 32) ¿Pero cómo se enseña o transmite el conocimiento en este último tipo de competencias? No queda claro, los mediadores no pueden responder a esto; pero lo que sí dejan claro es que la capacitación en mediación es una técnica pero al mismo tiempo pretende una capacitación en otro tipo de rasgos relativos a la personalidad y al carácter de un mediador. Lo técnico aparece mezclado con la vocación del cambio, y en este proceso los principios de la mediación que serían los aspectos más abstractos de la mediación se transforman en procedimientos. Por ejemplo, se indica cómo la actuación del mediador deberá asegurar la *neutralidad*, porque es el componente fundamental de las responsabilidades éticas y jurídicas de los mediadores. La neutralidad implica un procedimiento libre de favoritismo, parcialidad, sea en apariencia, sensación, palabra o acción, y también implica asumir el compromiso de mantenerlo de servir a todas las partes y no a una particular. Se espera también *confidencialidad* de las actuaciones y comunicación directa de las partes porque a través de la comunicación las

partes logran desentrañar los verdaderos intereses de cada uno y obtener un acuerdo mutuamente satisfactorio.

A los mediadores se les exige capacitación continua, actualizada y específica porque la mediación es una técnica y en este sentido cualquier profesional formado podría ejercerla. Pero al mismo tiempo es una vocación que requiere mucho más que adquisición de conocimientos. Y lo que se supone debe dar la capacitación son aspectos que pertenecerían a una zona borrosa y no muy bien delimitada entre lo que se puede enseñar y lo que no se puede enseñar. La vocación suministra un saber, que se adquiere pero que son dos partes de un mismo concepto. Y así se forma la vocación: a partir de un saber, pero como explica Weber, no de un saber *místico*, sino de un saber *práctico*, del saber cómo hacer, “una posesión desde la cual se alcanza una orientación práctica de conocimientos comunicables de los valores y los disvalores dentro del mundo”. (1984: 431) La vocación se reconfigura pero nos queda la sensación que esta modificación es parte del clima de indeterminación y ambigüedad antes que de un propósito concreto.

La delimitación de la técnica.

El énfasis puesto en la mediación como técnica lleva a una arena de amplia disputa, que aún persiste en algunos discursos. La mediación además de ser un compromiso para el cambio social es una técnica, pero no todos entienden por *técnica* la misma cosa.

La primera de esas discusiones es la más importante en cuanto a su magnitud y se refiere a si los mediadores deben ser abogados o si no es necesario que lo sean. La segunda se refiere a si los mediadores extrajudiciales necesitan algún tipo de formación especial previa universitaria además de la capacitación *técnica especializada en mediación*. Cada una de estas dos discusiones está regulada por la ley y ha quedado definido el modo de su operación. Sin embargo hay muchas voces en descontento que no acuerdan con el modo en que la letra de la ley finalmente legisló. El cuerpo importante de este debate se generó en el recinto legislativo en el momento del debate de los proyectos y fundamentos de la ley, pero

aun hoy continúa implícitamente en las mesas de mediación.

La ley sancionada en la provincia de Córdoba establece que “para actuar como mediador en sede judicial se requerirá poseer título de abogado con una antigüedad en el ejercicio profesional de tres años”⁵⁸; para actuar como co-mediador en sede judicial es requisito tener cualquier título universitario con una antigüedad superior a los tres años en el ejercicio profesional. Asimismo un mediador extrajudicial deberá cumplir los mismos requisitos que el co-mediador judicial. Es decir, aunque en la judicial al menos uno de los mediadores debe ser abogado, en la extrajudicial esto no es necesario. Hasta aquí lo reglamentario.

Comencemos por la segunda de las discusiones porque es la que es la que menos desacuerdo genera: para ser mediador extrajudicial es necesario poseer un título universitario. La técnica aparece asociada a una idea de educación. ¿Por qué? ¿Cuáles son los argumentos que defienden este requerimiento? ¿Qué fundamentos lo atacan?

- *La mediación exige una profesión.* Por un lado los que están de acuerdo argumentan que es correcto exigir un título universitario porque si no “*cualquiera podría ser mediador... y sería como darle un bisturí a un mono, como si de ahora en más dijéramos como hay tantas apendicitis vamos a empezar a enseñarles a los enfermeros a operar apéndice. Total es una operación simple y fácil.*”⁵⁹ Del requisito de la profesión universitaria se espera garantice un nivel de superioridad y de actitudes no referidas a la técnica. Otra de las cuestiones que se espera que un título universitario sino garantice, al menos acerque, es la capacidad de poder manejar con discreción la información que se maneja. Conocer la intimidad de las personas, sostienen los mediadores, otorga un tipo de

⁵⁸ Ley Provincial de Mediación Artículo 33 inciso a.

⁵⁹ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

poder que no cualquiera estaría en condiciones de manejar, excepto un profesional universitario. Este uno de los argumentos. Los mediadores que acuerdan con el requisito de profesionalidad creen que el grado de nivel educativo que pide la ley supone que las personas tienen que estar más preparadas para el tipo de información confidencial que la mediación maneja. Aseguran que la ley pretendió asegurar el *respeto*; y aunque no estén seguros que lo garantice –“*porque en la universidad hay cada delincuente, y luego hay unos que son santos y no han pasado ni siquiera el segundo grado*”⁶⁰– suponen que una sociedad avanzada además de educación tiene una mejor manera de llevar adelante sus conflictos y además creen en el peso social de las credenciales. La defensa del requisito de la profesión, es sostenida desde una posición de estatus simbólico, pero no de conocimiento práctico para un mejor manejo de las herramientas de la mediación. Este último aparece, pero con mucha menor fuerza que el de los recursos simbólicos. Pero desde esta posición no se entiende entonces, por qué los maestros o profesores, o quienes tengan una formación superior no universitaria, no pueden ser mediadores. Es una inconsistencia.

Para otros en cambio la mediación extra judicial no debe exigir requisito de profesionalidad, no debería ser necesario tener título un universitario para oficiar de mediador, “ya que si el problema está sujeto a la exclusiva voluntad de las partes son ellas las que deben coincidir en orden a quién es la persona indicada. Dábamós el caso de que un litigio entre productores agropecuarios bien podía ser solucionado por un tercero que, sin tener título profesional, pudiera ser un hombre experto y conocedor en la materia. A veces hasta el cura del pueblo puede oficiar de mediador en cuestiones que no requieren, desde luego, un título universitario”.⁶¹ Lo que importa aquí es el conocimiento en la materia del conflicto antes que en la mediación como método o técnica; y además y fundamentalmente importaría la legitimidad que sólo las partes pueden otorgar. Entonces serían ellas quienes dieran la autoridad como orientador de conflictos y no un título universitario. “*Nada dificulta que un problema entre soderos lo resuelva el sodero que ellos legitimen. La ley no*

⁶⁰ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

⁶¹ Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba. N° 18, Año 1997. pág.1285.

lo permite, por supuesto. Pero la ley es arbitraria, es una decisión de tiempo y espacio. Es arbitrario el hecho que la ley diga que el mediador tiene que ser profesional. Porque no hay relación entre un abogado, un ingeniero, un farmacéutico. No tienen nada común. En ningún momento dice que para la mediación extra judicial hay que ser profesional. La profesión no aporta nada en específico. Claro, excepto la de abogado. Esto muestra que en realidad el tema de la profesión requerida para ser mediador o del tipo de capacitación específica necesaria es una decisión jurídica, es una discusión que solamente pretende conservar lugares de poder. Es una manera para que los abogados no pierdan su espacio.”⁶²

- *Lo técnico es el derecho.* El otro aspecto que genera debates arduos y difícilmente conciliables es el referido al requisito de ser o no abogado. Aunque la legislación habilita en la extra judicial a cualquier profesional, es interesante revelar cuáles son los fundamentos con los que se resiste este permiso. A partir de éstos podemos esbozar a qué se refiere el carácter técnico que parece definir la mediación.

En general cuando se defiende la necesidad de la profesión del derecho para ejercer la mediación se está hablando de la mediación judicial, no obstante algunos son más cerrados y lo plantean para ambas: *los mediadores deben ser abogados porque tanto en la mediación judicial como en la extra judicial se resuelven conflictos de relevancia jurídica ya que las cuestiones a la que se aplica son las que más tarde o más temprano terminan en los estrados judiciales resolviéndose conforme a nuestro sistema jurídico.*⁶³ Es decir, el conflicto en sí tiene, para algunos, una base jurídica y aún cuando éste no haya adquirido el carácter de cuestión litigiosa en un proceso judicial, si atienden un alto grado de conflictividad potencialmente judicial. La extrajudicialidad sólo implica que la controversia no debe ser discutida y resuelta en y por el poder judicial. Pero no implica que sea un problema ni un criterio extra jurídico.

⁶² Entrevista N° 10. Mediador abogado.

⁶³ Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba N° 35, Año 1996. pág.2374.

Para algunos mediadores abogados, el fundamento no es la defensa de una cuestión de nichos profesionales –como sí lo es para los no abogados-, sino una más profunda y que supone que todo conflicto implica en el fondo una desavenencia jurídica, todo conflicto es un conflicto jurídico *en potencia*. Entonces por más que el problema que se esté mediando se corresponda con alguna otra profesión, lo cierto es que cuando eso sea traducido en una mesa –sostienen- va a tener que ver con aspectos de derecho, en el fondo va a ser siempre una cuestión de derecho. Entonces, se piensa que el mediador no puede estar ajeno la terminología que se utilice y a los mecanismos y resortes judiciales que existirán luego si esta etapa no funciona.

Cuando los mediadores –los mediadores de profesión abogados- defienden su especialidad como el requisito para obtener matrícula de mediador lo hacen desde el argumento que así se les garantiza a las partes el respaldo que las leyes dan a cada una de las posiciones, además del manejo del procedimiento y conocimiento acabado del sistema de mediación. Un mediador abogado da la seguridad de saber dónde se está parado. (Barbosa y Magris 1996: 28) Pero no sólo creen que esto es una garantía para las partes en cuanto a coherencia jurídica por el manejo técnico del asunto. Sino además para el propio “sistema en cuanto a la economía procesal, porque sólo un operador calificado del sistema jurídico garantiza el conocimiento jurídico y técnico necesario para el adecuado resguardo del orden público al arribarse”.⁶⁴ El abogado en este sentido importa además, porque facilitaría que no sea rechazado el acuerdo cuando éste pretenda ser homologado. Estos fundamentos no pueden abstraer el conflicto del derecho, no pueden pensar la solución de los conflictos completamente por fuera del derecho. Es este un argumento muy profundo, y parece contradictorio porque la mediación pretende ser excluida del ámbito de la justicia pero

⁶⁴ Ídem.

manteniendo sus estándares. La mediación no se desprendería completamente del derecho como modo de orden social.⁶⁵

Pero estos argumentos fueron muy resistidos y desde su origen la mediación es interdisciplinaria. Actualmente los mediadores no necesitan ser abogados y aunque lo técnico-judicial puede ser útil en la búsqueda de soluciones de un conflicto a través de la mediación, la mediación muchas veces está referida a causas cuya naturaleza hará necesaria la concurrencia de otro tipo de profesionales. En estos casos otros profesionales estarán más capacitados en términos de entendimiento y capacitación, por tener preparación especial para poder ayudar a que los individuos puedan dar de sí todo lo positivo que permita la solución de una controversia con otra persona.⁶⁶ Por otra parte, se sostiene que monopolizar en la figura de los abogados la tarea de la mediación no sólo resta oportunidad a otras profesiones, sino criterio para analizar, ya que la mediación es un asunto sumamente complejo como para que solamente sea visto como un sustituto judicial. La mediación, no es un sustituto ni un complemento de la justicia, es un mecanismo diferente que implica una cosmovisión diferente. Por lo tanto, desde esta perspectiva, no es el derecho la única manera de ordenar los conflictos. Con estos argumentos se defiende la apertura de la mediación hacia múltiples campos profesionales.

-La defensa de la multidisciplinaria de la mediación asienta el carácter técnico del procedimiento no en lo legal/judicial, sino en la procedencia del problema. Se asume que cada problema tiene y necesita una perspectiva particular por eso más de una disciplina siempre es mejor que una sola, ya que cada una puede aportar lo propio. Es más, a veces la profesión de abogados hasta es desestimada por considerar que la base de la abogacía tiene incorporado el litigio como instrumento primordial para resolver los problemas, hecho que

⁶⁵ En el capítulo 4 veremos cómo el derecho queda implicado en la mediación y cómo esa incursión afecta el proyecto de moralización.

⁶⁶ Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba. n° 35, Año 1996, pág. 2369.

no es fácil dejar a un lado en la mesa de mediación. Los partidarios de la multidisciplinaria consideran que es necesario *“quitarse estos esquemas de la cabeza como requisito para poder trabajar en la mediación. El enfoque legal que un abogado no podría dejar de aplicar en un procedimiento de mediación reduce la perspectiva: a los abogados les es más difícil porque todo lo ven desde el punto de vista de la ley. Les cuesta más porque tienen que salirse. Hasta para los ingenieros o los arquitectos es mucho más fácil mediar que los abogados. Tenemos una formación en la que normalmente resolvemos las cosas desde diferentes puntos de vista, cualquier cosa se puede resolver desde diferentes puntos de vista. Cualquier tema se puede ver desde distintos lados.”*⁶⁷

Dos comentarios en este punto. En primer lugar, los mediadores recalcan que la profesión no debe desvirtuar la mediación. La profesión puede aportar conocimiento técnico pero no sería correcto trabajar con las lógicas, o técnicas o procedimientos de la disciplina en cuestión. Es decir, un psicólogo mediador no es un psicólogo, sino un mediador con conocimiento especializado en psicología. No debe confundir los roles. Segundo, aunque se defiende la multidisciplinaria por el aporte específico que puede hacerle a un problema particular, luego en la práctica las profesiones de los mediadores no siempre son tenidas en cuenta en la asociación caso/profesión de base del mediador. La asignación de mediadores por caso en la extrajudicial muchas veces es por sorteo de manera que el azar es el criterio y no la adecuación del tema del caso.

La reconstrucción que hemos hecho sobre el sujeto para llevar adelante el proyecto de la mediación deja ver una tensión existente entre dos modos de articular un proyecto como el de la mediación. La técnica y la vocación pueden ubicarse en dos extremos del continuo de los criterios o lógicas de organización y fundamentación de un determinado modo de intervención de la sociedad.

Lo vocacional de un lado. Sin la vocación de servicio social pierden sentido los objetivos de cambio social y el fundamento moral del mismo. La narrativa de la vocación emerge justo en ese punto: es el cimiento del proyecto de cambio social.

⁶⁷ Entrevista N° 17. Mediador no abogado.

En el otro la técnica, la especialidad y la profesionalización. Este relato en cambio se despiiega cuando lo que convoca es el proceso en sí de la mediación, las prácticas de mediación.

Si lo que prevalece en esos momentos es la técnica, ¿qué sucede con el proyecto abstracto y los objetivos macro sociales de la mediación? ¿Se desdibujan, se pierden? No. Porque el diseño del proceso de mediación lleva implícito en sí mismo una serie de mecanismos que son explicados como técnicos, y al mismo tiempo son los instrumentos de la moralización. En definitiva cuando desarrollemos esta idea, habremos respondido a la pregunta ¿cómo la mediación moraliza?⁶⁸ Como veremos en la última parte de este capítulo, en las características del proceso de mediación es posible encontrar la base en donde este proyecto político conjuga la técnica con la vocación. La mediación construye un sujeto de la moralización en cuya figura se funden la vocación y el saber. El saber cómo -la técnica- no contradice la vocación, por el contrario la complementa. Ambas se funden y constituyen partes inseparables dando forma al medio de moralización mismo que está asociado a la salvación, pero que también es técnico.

3. El contenido específico del código moral.

¿Cuáles son las normas que deben gobernar la moral? ¿Qué tipo de orden subyace a este código? ¿Cuáles son las imágenes públicamente expresadas? ¿Cuáles los grandes relatos a los que se asocia o apela? El discurso de la mediación no se inhibe en cuanto a un pronunciamiento sobre la "deseabilidad" de determinados estados de cosas. El núcleo central del código moral de mediación es una imagen general, que expresa un estado deseable de la sociedad.⁶⁹

⁶⁸ Este punto discute por qué la mediación es un proyecto apropiado para lograr el objetivo de moralización, y desarrolla las características del proceso: confidencialidad, neutralidad, comunicación, responsabilidad, y otros.

⁶⁹ Esta imagen se encuentra muy a la vista especialmente en los debates de los legisladores.

El acuerdo, uno de los eslabones para el nuevo paradigma moral.

Encontramos que en el discurso de la mediación la paz social es el valor supremo, la mediación brinda un servicio humanizado para promoverla y consolidarla. La paz está asociada a una idea de consenso social entendido como una situación de equilibrio y armonía en las relaciones sociales. El acuerdo, esto es, el resultado del proceso de negociación que hace las veces de sentencia del proceso judicial, es algo muy transparente a la ideología de la mediación.

Una de las ideas más importantes que sustentan este estudio es que la solución de los conflictos no es lo más importante de la mediación. El acuerdo y su definición en el discurso de la mediación es un componente fundamental para entender qué es lo que realmente importa al proyecto moral de la mediación: no tanto el acuerdo en sí, sino la maquinaria que él pone en marcha. Por eso entender cómo la mediación comprende al acuerdo es un elemento que ayuda a definir el contenido moral de la mediación. Es necesario reparar un momento en lo que está detrás de esta idea acerca del acuerdo, y de su rol en el proyecto moralizador.

La primera idea que se puede esbozar es una certeza tácita y subyacente en la mediación: un acuerdo resuelve un conflicto. Pero es una cuestión que no debería ser mencionada sólo al pasar. En realidad aceptar la idea que el *acuerdo resuelve*, es decir, termina con un conflicto, no debería ser un supuesto en ningún sentido; pensarlo así sería no llegar hasta el fondo de la cuestión por eso volveremos sobre este punto más adelante. No obstante aseguran que un acuerdo resuelve un conflicto, los mediadores no creen que un caso sea exitoso solamente porque llegue a un acuerdo (escrito o no escrito). El proceso de mediación puede terminar con o sin acuerdo pero haber sido muy rico. Lo importante es que cumpla con el principio de que hayan sido las partes guiadas por los profesionales las que pudieron llevar adelante el proceso. Esto es, para los mediadores, haber logrado el objetivo más allá del acuerdo. La mediación siempre *“llega a algo positivo porque las*

*personas se ven la cara, hablan y ponen en la mesa del conflicto el problema. Todo eso genera una cosa nueva.”*⁷⁰ El éxito del proceso definitivamente no está situado en la firma del acuerdo sino en algo mucho más profundo y especialmente, totalmente diferente –más allá de que no se resuelva el problema-. En ningún caso es visto de manera negativa haber trabajado en una mediación que no llegue a un acuerdo, más bien él es tan sólo un accesorio. Entonces ¿qué es lo importante de un proceso de mediación? ¿Qué es lo que los mediadores quieren conseguir? La respuesta la encontramos en un aspecto muy alejado de la materialidad del acuerdo: una mediación es buena o favorable en la medida en que las partes al menos hayan cambiado la actitud con la cual llegaron a la mediación. *“Los mediadores debemos plantearnos en cada momento qué es lo que la negociación busca, yo busco un acuerdo o ¿qué busco? No, busco una pacificación. Si sólo buscamos el acuerdo no se va a fortalecer el proceso, en realidad eso perjudica a la mediación, la debilitaria”*.⁷¹

Los mediadores están convencidos: las que salen de un proceso de mediación son mejores personas que las que entraron, porque mejoraron para ellos mismos y para los demás. Pero para conseguir eso deben tener muy presente que lo que interesa no es el acuerdo. *“A mí me interesa que las personas que participaron del proceso puedan haber sido escuchados, presentarse y aunque no hayan logrado luego resolver el problema, tengan en su mochila, en su bagaje de conocimientos otras escuchas, otras ideas de trabajar la convivencia que no necesariamente se sintetizan en la firma de un acuerdo.”*⁷² Es así cómo, al definir el lugar del acuerdo en la mediación, empieza a esclarecerse un poco de qué trata la moral de la mediación.

⁷⁰ Entrevista N° 11. Mediador abogado.

⁷¹ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

⁷² Entrevista N° 4. Mediador abogado.

Aunque el acuerdo es un elemento subordinado en la moral de la mediación, la evaluación del programa se basa en él. La mediación se evalúa por lo subordinado –el acuerdo- y no por lo fundamental a ella –la moralización-. Los mediadores están convencidos de que el acuerdo no ocupa el primer lugar en la lista de los objetivos de la mediación, por eso encuentran incoherente el criterio de evaluación del programa. “*Nosotros [en la experiencia piloto] hemos medido el éxito de las mediaciones por la recuperación de la comunicación directa de las partes. No por el acuerdo, o peor todavía, el cumplimiento del acuerdo. Pero esto no se releva. Acá, se evalúan los programas por la cantidad de acuerdos cuando en realidad, podrías evaluar el programa por la recuperación del diálogo entre las partes, que ha sido un objetivo del proyecto primario, donde lo que se busca es esa recuperación del diálogo; nos hemos cansado de dejar constancia de eso. Para nosotros aún cuando no se llegó a un acuerdo, aún cuando las partes decidieron ir a juicio, o que iban a tomar otra solución, el hecho de que las personas hubieran podido reconocerse, volverse a hablar, tener alguna vinculación directa, era para nosotros una intervención exitosa.*”⁷³ Está muy claro el énfasis que cargan en el mejoramiento de la calidad de vida de los vecinos y las personas en general. Pero ¿qué tan evaluables son estos criterios? ¿Cómo considerar cuán exitosa ha sido una intervención de mediación para alcanzar el sentido de comunidad? ¿Cuáles son los indicadores para considerar el grado de cambio que la mediación dejó en una persona, más allá de la mesa de mediación? –especialmente si esa persona no vuelve a usar el sistema-. ¿Es posible desarrollar indicadores de este tipo para evaluar el desarrollo del programa? Planteamos dos posibles interpretaciones de la situación.

Una, algunos hasta piensan que en mediación no hay éxito ni fracaso y hasta que creen que la palabra *fracaso* debería ser desterrada de la mediación. En este caso la evaluación no importaría. O mejor dicho, no se podría evaluar la mediación por sus resultados (sean estos el acuerdo, o el restablecimiento del diálogo). La evaluación se restringiría al accionar de los mediadores o a otras cuestiones de tipo técnico o relativas al funcionamiento del proceso. En este caso el problema es que se estaría evaluando un programa por los criterios equivocados y esto invalidaría la evaluación. Dos, la mediación se convierte en algo opaco al control y registro. La dificultad –imposibilidad- de criterios claros para el examen de la

⁷³ Entrevista N° 6. Mediador abogado.

mediación desdibuja por ejemplo la importancia de la auditoria o rendición de cuentas como uno de los elementos fundamentales que pretenden ser fuente de legitimidad de las políticas. Power sostiene que la auditoria produce visibilidades de conducta que facilitan un marco de previsibilidad. (1994) En este sentido la mediación no generaría el contexto para que sucediera algo de esto sino todo lo contrario. Estos dos comentarios en definitiva coinciden en manifestar las complejidades del proyecto con el que estamos tratando y son parte del complejo conjunto de dificultades que la mediación manifiesta.

Apelación a valores: lo propio del lenguaje moral de la mediación.

Uno de los ejes que articulan el núcleo de valores del código moral de la mediación es la responsabilidad. El otro, completamente asociado al primero, la autodeterminación. Veamos cómo se presenta cada uno de ellos.

Responsabilidad no entendida en el sentido de culpabilidad acerca de un problema. Sino responsabilidad como capacidad de previsión y toma de conciencia de las consecuencias de nuestros propios actos. Ésta es una de las dimensiones fundamentales del código moral de la mediación y sobre la que ella quiere intervenir. La responsabilidad se asocia con la toma conciencia de que el problema –por el cual se pone en marcha el proceso de mediación- es de uno, y se sostiene que como el problema *es* de uno, nadie mejor que uno mismo para conocer y poder resolverlo, porque es uno mismo quien conoce desde adentro, sabe cómo se formó, como se generó ese problema. En este marco responsabilidad es sinónimo de tomar las riendas de la situación y no poner a un tercero que resuelva por uno. Y así la significación de la responsabilidad es la del crecimiento, de la adultez para tomar nuestras propias decisiones en la vida diaria. Lo opuesto a la responsabilidad no es una cuestión de irresponsabilidad en sentido negativo. Sino que las personas creen que lo que lo que hacen es lo correcto, que lo que tienen que hacer para resolver un problema es recurrir a un tercero. Esta es una imagen ampliamente compartida por los mediadores. La mediación quiere lograr una responsabilidad en las personas sobre sus acciones, y por supuesto es *en* la mediación donde esto se aprendería, por lo tanto se trata de una responsabilidad que aunque no *exista*, se puede adquirir.

La capacidad de ser responsables de los problemas implica el deseo de ser artífices de la manera en que ese problema será resuelto, por eso se relaciona con la *autodeterminación*. La posibilidad de que la gente pueda por sí misma llegar a soluciones y no delegue en los demás cuestiones relativas a nuestra cotidianeidad como miembros de una comunidad, permitirían tener un concepto más elevado de la autodeterminación, y esto al mismo tiempo implicaría mayor compromiso, en el más amplio sentido del término. La autodeterminación implica *“no ser paternalistas y permitir que las personas resuelvan sus asuntos sin esperar que los resuelva un juez.”*⁷⁴

Sin embargo existe un punto problemático y es que creemos que la autodeterminación que quiere fomentar la mediación, es una pseudo autodeterminación, a la que llamaremos *autodeterminación asistida*. La autodeterminación de la mediación sólo es figurada --o asistida, lo cual pone en duda el primer concepto-- porque la idea se asemeja a la de una minoría de edad que requiere todavía mucho aprendizaje. La mediación en este sentido se convertiría en la escuela para la autodeterminación. *“El mediador le enseña a las partes que esto es un camino de aprendizaje. Supongamos que una persona viene a reclamar, y uno les devuelve la responsabilidad. Es un modo de enseñarles a ser responsables de lo que reclamamos, de nuestras acciones y de lo que nos pasa. Es típico echarle la culpa al otro.”*⁷⁵ Esta es la idea que sobresale: la mediación asiste la autodeterminación porque entrega las armas y los elementos, porque las personas por su propia cuenta no pueden hacer esto.

La otra idea fuerte que complementa este argumento es que los sujetos no saben que pueden ser responsables porque están acostumbrados a que alguien haga las cosas por ellos. El siguiente fragmento ilustra muy claramente la importancia que la mediación otorga a la responsabilidad, señalado como paradigma social, antes que individual. *“Si tenemos una enfermedad, acudimos al médico. Es el tema del poder, en quién pongo el poder: doctor acá me entrego, haga conmigo lo que quiera, yo voy, me tomo la pastillita, me hago la*

⁷⁴ Entrevista N° 2. Mediador no abogado.

⁷⁵ Entrevista N° 9. Mediador abogado.

*radiografía, todos los estudios que usted quiera. Si tenías un conflicto, ibas con tu representante, tu abogado: vos no tenías ni voz ni voto. Lo ponías en manos de él: y él armaba el caso y lo ponía ante el juez. ¿Por qué es un cambio paradigmático? Porque cada uno se hace cargo de si mismo. Y toma responsabilidad. Yo tomo mi propia responsabilidad y con el otro me siento y lo arreglo. No pongo a un tercero que decida por mí. Un niño cuando va creciendo recurre a la mamá. Hasta que madura y dice: ya puedo tomar mis propias decisiones. Como sociedad para crecer, para ser adultos y tomar decisiones con responsabilidad y con adultez, primero tenemos que poder tomar nuestras propias decisiones en la vida diaria”.*⁷⁶ La comparación con el modelo médico es muy precisa para describir la importancia y el papel de la responsabilidad, así como sus consecuencias. La idea es que somos una sociedad acostumbrada a delegar y buscar una autoridad como una manera de garantía. En consecuencia esto es parte del cambio que se proyecta, de lo que la mediación *tiene* que cambiar.

La moral de la mediación se proyecta como un rasgo macro social general, para todos por igual. Pero por ahora, no todos los grupos sociales son considerados de la misma manera en esta carrera hacia la moralización. En el discurso de los mediadores la mediación pública se manifiesta para el sector social más desfavorecido. Y no porque éste sea un sector más permeable al contenido moral de la mediación sino porque serían susceptibles al vehículo, esto es, a la mediación misma. Esto no obedecería a rasgos propios de estos grupos sino más bien a rasgos de la estructura social de oportunidades. Así lo expresan los mediadores: *“Probablemente sea más fácil llevar la mediación a algunos sectores socioeconómicos o socioculturales bajos, porque aquí se los escucha, y en otros lugares no. Aquí es donde se sentirán bien tratados, por lo tanto podrían encontrarle algún mérito. No tengo estudios ni te digo que es definitivo. Pero de pronto en una mediación familiar, una pelea entre hermanos en un nivel socioeconómico muy bajo, que viven todos juntos porque no tienen cómo vivir de otra manera, y se pelean porque uno lava el patio cuando otro quiere salir, o pone la música alta cuando duermo las siestas... si estas son las discusiones, y van al tribunal de familia, no encuentran ninguna respuesta porque no la hay. Aquí sí la*

⁷⁶ Entrevista N° 13. Mediador no abogado.

encontrarían.”⁷⁷ Al mismo tiempo existe la idea entre los mediadores de que la gente de muy bajos recursos tiene una *forma muy personal de hacer su propia ley.*⁷⁸ Esta forma “muy personal” se refiere a una forma no estrictamente encausada, no tanto en la legalidad, sino en los patrones socioculturales posiblemente pertenecientes a una clase media. La otra explicación del sesgo hacia los sectores más pobres se sostiene desde la accesibilidad generalizada. “*Es gente que es humilde y no tiene recursos, por eso el abogado los manda acá, y se hace la carátula como gratuita.*”⁷⁹ No alcanzan estas apreciaciones –ahora- para sostener que la necesidad de la moralización recae sobre los grupos sociales excluidos. Más bien se trata de una serie de consecuencias no planeadas producto del modo que adquiere finalmente la mediación.

Aunque el punto de llegada de código moral de la mediación sostenga la deseabilidad de una tendencia macro y general respecto al deber ser de la sociedad, los valores son individualizantes y por lo tanto van definiendo una moral de la individualidad. Los valores que lo definen apuntan a la producción de condiciones subjetivas que concreten formas de autogobierno y autorregulación que en definitiva generen un tipo de ciudadanos libres de ser sí mismos, pero bajo ciertas condiciones. Esto nos hace pensar en el argumento de Rose sobre la especificación de sujetos activos en su propio gobierno como parte de una racionalidad gubernamental que fusiona las obligaciones voluntariamente asumidas de individuos libres con una conducción responsable de sus propias vidas. Son los sujetos mismos quienes toman sus decisiones sobre sus conductas en un ámbito organizado cada vez más alrededor de la proliferación de normas y normatividades. (Rose 2006: 151) Al mismo tiempo este es un modo de gobierno que crea una distancia entre las decisiones de las instituciones políticas formales y los actores sociales, concibiéndolos a éstos como

⁷⁷ Entrevista N° 14. Mediador abogado.

⁷⁸ Entrevista N° 8. Mediador abogado.

⁷⁹ Entrevista N° 11. Mediador abogado.

sujetos de responsabilidad, autonomía y elección, y actuando sobre ellos diseñando y utilizando su libertad.⁸⁰

La moral de la mediación nos habla de una idea de orden social. La deseabilidad es la de generación de macro tendencias sociales. Pero el método que implementa para la conformación de ese orden social refuerza más bien el papel de las conductas individuales de los sujetos. La pretensión es la de guiar en un nivel micro social las interacciones de sujetos individuales. El lenguaje moral de la mediación pretende generar el cambio que se propone interviniendo desde el plano de lo intersubjetivo. Veremos que esta manera de orientar el cambio moral es una pieza que forma parte de una forma de gobierno de lo social característica ampliamente asociada a la idea del mercado.

El tiempo: el pasado y la evolución.

¿Cómo es posible articular todos los rasgos de la sociedad y del conflicto que crean la situación problemática en la que vive la sociedad con el cambio moral que la mediación propone? El nexo que articula es el tiempo. Un elemento temporal está presente en todo el discurso.

En primer lugar, resulta interesante atender los giros discursivos del relato de la moral – responsabilidad y autodeterminación- de la mediación. Tanto en los mediadores, como en los legisladores recurrentemente aparece la figura del *retorno*. Los dos valores más importantes del código moral de la mediación son dos que parecerían ausentes después de alguna vez haber estado presentes. Por eso la mediación lo que en verdad pretende con estos valores, no es imponerlos desde afuera, o generarlos espontáneamente, sino *recuperarlos*.

⁸⁰ Retomaremos este argumento al final del texto, en las consideraciones finales.

Por eso encontramos expresiones que indican que la mediación implica *devolver a la gente la posibilidad de resolver sus cuestiones; para que reasuman el control de sus problemas y nuevamente se sientan dueños de sí mismos*. Es preciso que la gente *reasuma la potestad que tiene para ser dueña de su condición*.⁸¹ Hay que instar a las partes a *reasumir el rol protagónico*. Todo esto nos da la idea de que la mediación está aquí para traer de regreso un pasado utópico. O al menos uno en el que estos valores existían. Barrington Moore comenta que un giro muy recurrido cuando se quiere modificar un clima moral imperante, es la alusión a un pasado utópico que sirva como motivación del cambio, a modo de bastón para castigar un presente supuestamente inmoral y desgraciado. La idea del pasado incontaminado por los males del presente. (2001: 92) Esta imagen sí es utilizada por el discurso de la mediación. Por un lado, como ya señalamos en la figura del *retorno*. Pero especialmente en la explicación de la indeseabilidad de la conflictividad vivida actualmente, propia de la época actual. Esto es lo que daría razón de ser a la mediación. Cada vez la sociedad es más conflictiva. Cada vez hay más problemas, y la paradoja es que cada vez estamos más comunicados en un punto, pero a la vez, nos comunicamos menos entre las personas. En este contexto la devolución a las partes de la autocomposición de los conflictos podrá recomponer los tejidos sociales interferidos por la conflictividad social. (Barbosa y Magrís 1998: 26)

Pero la imagen de la recuperación de algo perdido enseguida se cae cuando prestamos atención a cuál sería el obstáculo que la mediación encuentra en el camino para poder instalarse definitivamente. Este mismo pasado que aquí suena como *la nostalgia por lo que fuimos* se convierte inmediatamente en *la superación de lo que fuimos por la utopía que vendrá*. El pasado no es la utopía, sino quien nos ha cargado el autoritarismo y sus modos en las espaldas. Más bien, la mirada de la confianza está puesta en el presente, que nos da la posibilidad de maduración. La liberación del pasado es necesaria para dar el paso.

Así, la mediación irrumpiría produciendo un cambio para recomponer los tejidos sociales interferidos por la conflictividad social. Este cambio es definido como sustancial en tanto

⁸¹ Fragmentos de entrevistas.

afecta modalidades arraigadas: la mediación supone un cambio cultural porque apunta a la mejor convivencia; es necesario por eso, cambiar la estructura mental de cómo la gente entiende el conflicto, es decir, *deseducar* una cultura competitiva de guerra. Este es el espíritu de la mediación.

La ambigüedad respecto a la interpretación del pasado, no es profundizada en el discurso mismo de la mediación. La nostalgia por el retorno a una situación no termina de quedar claro como algo que tenga un sentido que trascienda un simple modo de expresión; y su extrapolación hacia otros significados sólo serían especulaciones. En cambio, sí existen muchos más indicios que confirmen por un lado, que la inclusión de la dimensión temporal en la mediación lleva a la necesidad y reconocimiento de que la moralización es un proceso. Y que en este proceso el pasado, aunque sea un recurso con el cual explicar el poco éxito de la mediación (y de la moralización), en definitiva es la historia que se quiere modificar, no conservar.

El esquema diseñado por la mediación no está libre de problemas. Si prestamos atención a las prácticas de la mediación, se evidencian varias dificultades y no todo es tan fácil ni tan simple como podría parecer. La deseabilidad del cambio social por sí misma, asumida en los fundamentos de semejante proyecto de intervención, no es suficiente. Entre el modelo social expuesto en los fundamentos de esta política y su ámbito de aplicación se manifiestan serias dificultades.

Resulta paradójico que lo que se pretende cambiar sea casi lo mismo que se necesita para que ella funcione de manera fluida. En otras palabras, el objetivo del programa es lo que actualmente estaría imposibilitando que la mediación tenga una aceptación completa en la ciudadanía y sea reconocida. Entre el modelo social expuesto en los fundamentos de esta política y su ámbito de aplicación se manifiestan serias dificultades que son advertidas por los mismos mediadores. En las expresiones de estos actores se advierte fácilmente que esta pretendida constitución de orden social no es lineal y sobretodo muestra que trasciende la voluntad política, al menos no depende exclusivamente de ella. Las implicaciones que este aspecto paradójico tienen sobre la moralización las profundizaremos en el capítulo cuatro.

No obstante aquí nos preguntamos ¿cómo es trabajada esta dificultad desde el discurso de los mediadores? Las dificultades son reconocidas por los mismos operadores del programa, quienes intentan de explicar cómo estos se van resolviendo en la misma implementación. En el discurso de los mediadores se advierte una idea de *evolución social*: la mediación pone en marcha un proceso que mueve la maquinaria social en un sentido evolutivo.

La etapa actual: los por qué de su limitado uso.

El primer momento de este proceso evolutivo se caracteriza por un tipo de sociedad que no usa la mediación. Uno de los grandes motivos señalados para explicar por qué no se usan estos métodos, es atribuido a la falta de conocimiento, de información acerca de la mediación, sus alcances, su disponibilidad. Para los mediadores, este problema de la desinformación podría resolverse simplemente con importantes campañas de difusión. Por supuesto que se reconoce que el Estado debería el difusor número uno en esta tarea, pero no sería el único al que le correspondería tal tarea. La responsabilidad de la difusión no es atribuida exclusivamente al Estado como actor, sino que el discurso de la mediación apela al compromiso de sectores de la sociedad civil, especialmente los colegios profesionales. La otra gran herramienta para la difusión que describen es el “boca a boca”, cuyo uso recaería sobre todas aquellas personas que hayan pasado por la experiencia de la mediación. Los mediadores consideran a esta última como la más efectiva de las fuentes de difusión, porque es desde la vivencia personal positiva desde donde mejor se puede hacer propaganda a la mediación.

Otro de los grandes motivos reconocidos por los mediadores por el cual la mediación no tiene el uso que debería tener no se refiere a condiciones de tipo coyuntural –como lo sería

la falta de conocimiento- sino que está relacionado con las *mentalidades*. La raíz de esta razón tiene un componente cultural y por lo tanto su modificación no es tan simple, aunque no imposible. La educación es el elemento más importante reconocido por todos para modificar en el largo plazo esta situación.

Este primer momento es el que actualmente estaría transitando la mediación, a pesar de llevar varios años desarrollándose. Algunos hasta arriesgan en sus pronósticos que el arraigo de la mediación llevará entre diez y quince años. Pero aún aunque el diagnóstico del presente por el que se está atravesando no sea ni el óptimo ni el deseado, en lugar de existir un sentimiento de resignación o pasividad, por el contrario, el discurso es en pos de continuar el trabajo para lograr el paso a la próxima etapa, en la que se lograría finalmente que la mediación sea reconocida, valorada y en consecuencia utilizada por todos. Esta próxima etapa sería la de la consolidación del nuevo paradigma del que se hablaba en las páginas anteriores. Pero se reconoce la existencia de tiempos sociales que hay que respetar. Especialmente para este tipo de proyectos que implican un cambio de mentalidades. Es decir, no se trataría de un problema de los argentinos o de los cordobeses el hecho que no se use la mediación. Sino que es una cuestión propia de la humanidad la necesidad de acostumbrarse y adaptarse a este tipo de nuevas situaciones. Así la mediación encuentra una justificación, no sólo a su poco éxito sino a la labor misma de los mediadores. El esfuerzo que requiere el compromiso con la *evolución social* se asocia a la idea de vocación y mesianismo señalada anteriormente.

La evolución tiene un sentido social y un sentido individual. El sentido individual es el proceso en sí que experimenta una persona que está en contacto desde adentro de la mediación; puede ser una persona que participe como parte de una mediación, o un mediador, o hasta un abogado que anteriormente se oponía a este proceso. En este sentido, están convencidos que la mediación tiene un gran potencial para cambiar a las personas, y al mismo tiempo las personas son vulnerables a este tipo de experiencias. Es decir, los sujetos entonces tienen esta habilidad, pero este hombre bueno no sabe acerca de sus

potencialidades como persona. La intervención de la mediación activa estas potencialidades en las personas.

Por otro lado la evolución de una etapa a otra tiene un sentido social, el cual es el objetivo de la mediación a un nivel macro social. Cuando se logre que la mediación sea el “ámbito natural” de resolución de disputas y problemas cotidianos, será porque habremos logrado aprehender el verdadero sentido de la mediación, en definitiva, la pacificación social. No obstante el camino para lograrlo enfatiza la intervención en las subjetividades no tanto en las colectividades.

Ahora bien, ¿cómo la mediación espera generar esta adaptación que permita el tránsito de la etapa transicional hacia la situación ideal del nuevo paradigma? Entre una y otra etapa en este camino evolutivo de la mediación, existe un “mientras tanto”. Para llegar al resultado hay que pasar por una etapa que no es la ideal, pero es un paso necesario para la consecución de la próxima etapa. Esta etapa es la de la obligatoriedad de la mediación, especialmente en el ámbito judicial. La obligatoriedad está asociada a la autoridad con la que estamos acostumbrados a manejarnos. El argumento es que si no es obligatoria la gente no la usaría. Entonces en un primer momento el problema de la falta de apoyo popular para su funcionamiento no sería tan grave porque se la puede hacer obligatoria. La obligatoriedad para que ciertas y determinadas causas vayan a mediación permitiría una *clientela* que conozca el proceso y así luego mediante el *boca a boca* se genere la convocatoria voluntaria.

Aquí existe una paradoja. La mediación quiere ser impuesta, de lo contrario nunca pasaría a su supuesta siguiente etapa. Por un lado se dice que el problema de que la gente no use la mediación es la cultura autoritaria en la que hemos sido formados. Por otro lado se dice que si no la hacemos obligatoria no la vamos a usar. La obligatoriedad es hasta que nos “acostumbremos” a hacer uso de este proceso, hasta tanto nos la apropiemos. La ley nacional tiene once años y cada cinco ha estado prorrogando la obligatoriedad porque no

logra instalarse como sistema privado de resolución de conflictos, no está afianzado o incorporado al punto tal de que funcione de manera independiente y tan aceptado si fuera voluntario.

Pero ¿hasta qué punto es posible mantener esta explicación sin caer en una contradicción? La mediación pretende crear un sujeto nuevo, proveyéndoles las herramientas para que estos sujetos sean capaces de la autodeterminación. Pero la herramienta para conseguirlo es obligatoria, ¿no se estaría negando entonces la autodeterminación? ¿Cómo se concilian entonces los fines de la mediación de generar una nueva cultura de la convivencia basada en la responsabilidad de las personas sobre las consecuencias de sus acciones con los medios de imposición para conseguirlo?⁸²

4. La justicia es el enemigo del proyecto moralizador.

La justicia es considerada como el ámbito natural reconocido y aceptado para darle salida a los conflictos que las personas tienen. Pero en el proyecto de la mediación para la modificación de un estado de situación de la sociedad, la justicia es construida como el adversario. El sistema de justicia en tanto opción legítima para la canalización de los conflictos es el oponente no tanto de la mediación -que bien podría serlo porque afectaría un plano institucional- sino de la moralización misma. La justicia es presentada a través del discurso de los mediadores, como el enemigo de la moral. Más bien, el enemigo de la moral que la mediación quiere instalar. Para dar forma a este argumento nos preguntamos entonces ¿cuál es el código moral de la justicia y cómo atenta contra el código moral de la mediación?

En concreto, la justicia no ayuda en la situación de escasa autodeterminación propia de la sociedad, sino que fomenta la situación opuesta, la continuidad de la no-toma de las propias decisiones respecto a los problemas de la vida cotidiana. Más bien, la justicia atentaría

⁸² El tema de la obligatoriedad y voluntariedad será trabajado en profundidad en el capítulo 4.

contra la responsabilidad individual. En la justicia no somos responsables porque delegamos en una tercera persona, existen otros actores que van a decidir por nosotros. Y la lógica de funcionamiento de la justicia misma, con sus actores, refuerza estas actitudes: en primer lugar, el abogado, quien será el encargado de traducir nuestras inquietudes. El segundo lugar el juez., quien es el que nos dirá cómo y qué debe hacerse.

En el discurso de la mediación la justicia no moraliza porque no promueve la responsabilidad ni la autodeterminación, las claves de la moral de la mediación. No les da el poder a las partes. que es lo importante para la moralización y fue lo que definimos como el contenido de la moralización. Se resalta una situación: las personas utilizan la ley, o el derecho para conseguir una situación que por sí mismos no podrían. *“Un caso es el de los padres que dicen que los bares deberían cerrar a las 5 de la mañana. Pero si vos querés que tu hijo vuelva a las 5 de la mañana, que vuelva, no hace falta que cierre el boliche con una ordenanza para que tu hijo vuelva a las 5. ¿Por qué traslado la cuestión de la autoridad como padre al Estado? Si yo creo que tiene que estar a las 5, le digo o lo voy a buscar para que vuelva cuando yo quiera. Me parece que esto de trasladar, es muy argentino, la culpa la tiene el otro, el no hacernos cargo de todo.”*⁸³ Es una manera de fomentar la no autodeterminación. Para entender cómo es que la mediación coloca a la justicia y al derecho en el lugar de la anti moral, reconstruimos algunos caracteres que según la mediación definen a la justicia. Esos mismos rasgos que señalamos a continuación son los que la ubican del lado de los enemigos de la moralización.

La distorsión de la traducción.

Para la mediación la justicia no moraliza, entre otras cuestiones porque no motiva ni promueve la verdad. O porque promueve la distorsión. La justicia es permisiva y no es

⁸³ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

estricta en cuanto a decir la “verdad”. Si el código de la mediación es el sinceramiento de las personas, el de la justicia es el de la distorsión.

La distorsión tiene varias aristas. Por un lado, la de las mismas personas que llevan el problema. *“La persona tiene que explicar su versión del problema, pero es muy diferente lo que dirá delante del otro con quien tiene el conflicto, que lo que le dice al abogado. Son cosas muy distintas. Al mismo tiempo, cuando ya estás frente a frente con la otra persona es más difícil que mientas, que tengas ciertas actitudes, porque el tratamiento es otro.”*⁸⁴

La justicia permite mentir. Mentir no es moral. *“Nosotros siempre decimos que los papeles no se ponen colorados ni les da vergüenza ni se sonrojan. Y aunque los papeles no se ruborizan, la gente sí. Y en esto tiene mucho que ver, el tema del contacto personal, y el de volver al ámbito del contacto personal. Esto es una vuelta a las fuentes, revalorizar el diálogo personal, el hacerme cargo de que yo tuve algo que ver, y a ver juntos como podemos hacer.”*⁸⁵ Desde esta perspectiva la justicia crea un ambiente que es un buen caldo de cultivo para el desarrollo de una serie de valores opuestos a los que la mediación quiere potenciar.

Por otra parte, para la mediación, la justicia distorsiona porque no llega a la raíz auténtica del conflicto.⁸⁶ Es decir, se supone en primer lugar que hay algo tal como *conflicto verdadero o real* que ocasionalmente aparece solapado por un *conflicto aparente, o superficial*. *“Un problema de ruidos en la noche termina siendo en definitiva una cuestión de celos. Un conflicto se desvirtúa de tal forma, que se les dibuja el real conflicto que trajeron las partes. Porque buscan otra cosa. En general eso pasa con los conflictos familiares, que traen situaciones conflictivas que después en el proceso te das cuentas que lo que estaban buscando eran cosas totalmente fuera de conflicto.”*⁸⁷ Nuevamente, la

⁸⁴ Entrevista N° 5. Mediador no abogado.

⁸⁵ Entrevista N° 11. Mediador no abogado.

⁸⁶ La mediación tampoco, porque no cuestiona nunca las bases y causas de los conflictos. Ver apartado siguiente.

⁸⁷ Entrevista N° 6. Mediador abogado.

justicia no es un ámbito en que se pueda develar este real conflicto. Por eso para la mediación la justicia transitaría sobre canales distorsionados. No obstante, esa *verdadera raíz del conflicto* que la mediación se jacta de elucidar en ningún momento tiene que ver con las causas sociales o estructurales que podrían estar generando esos conflictos. Veremos en el próximo apartado que la mediación traduce todos los conflictos a un problema de expresión y de comunicación, y esto implica mover los problemas de una posible esfera pública a una privada. De esta manera esa supuesta autenticidad del conflicto que la mediación puede alcanzar por encima de la justicia sólo se refiere a una que haya estado solapada por una falla de comunicación, no por algún otro tipo de causas. Entonces es posible afirmar que el argumento que esgrime la mediación, no sólo es equivocado por exigirle a la justicia algo que ella no pretende dar, sino porque ni siquiera ella se preocupa efectivamente por llegar al *fondo* del problema y resolver desde allí. El tratamiento del conflicto termina siendo demasiado superficial y nunca se cuestionan las condiciones o el contexto que originaron ese problema.

Otra distorsión es la de la posición y los intereses. El problema que tiene la justicia, según la mediación, es no diferenciar estos planos, y la dificultad es que las personas tampoco tienen clara esta diferencia. Por eso es algo que sin un ambiente específico como el de la mediación, pasaría inadvertido. *"En realidad lo que yo necesito es esto; no lo que demandé... ¿con qué me siento satisfecho? Con un pedido disculpas y que me paguen los gastos médicos, el juicio me significa un problema más, no quiero seguir con esto porque en realidad lo que yo necesito es nada más que un pedido disculpas. Esto pasa muchas veces."*⁸⁸ Es parte del credo de la mediación, es un *hecho* que lo que las personas buscan es muy diferente a lo que necesitan. Eso es lo que la mediación llama salir de la posición para ir hacia los intereses. Dado un conflicto, la *posición* es cuando dos partes quieren lo mismo. Pero cuando se indagan los *intereses* de las partes, la cosa cambia. Entonces el verdadero conflicto no es el que se expresaría en el ámbito judicial, sino el que se encuentra sustentado por los intereses o necesidades de las partes. Es el "por qué" o el "para qué" de lo que se denomina posición (conflicto manifiesto) lo que encuentra cabida en el derecho positivo. Pero claramente no es esto lo más importante para la mediación.

⁸⁸ Entrevista N° 15. Mediador abogado.

Otro lado por el que la mediación acusa a la justicia de generar distorsión es a través de la intervención de los abogados. Una demanda la hace un abogado. *“Nosotros como abogados tomamos los datos, pedimos que nos cuenten, y después le damos el contenido jurídico y exageramos de alguna manera las situaciones para que el derecho parezca más violado. Esto es válido y todos los abogados lo hacemos, es nuestra forma de defender al cliente.”*⁸⁹ El problema de una persona lo re-construye otra –un profesional capacitado– pero no la misma persona implicada en el problema, ese experto lo solucionará con las técnicas jurídicas que sólo un abogado maneja, pero no con las técnicas de la vida. En este proceso, según el discurso de la mediación, la justicia cambiaría el protagonista de la historia: del sujeto al abogado. Y esto no debería suceder.

El expediente que elabora un abogado, con las estrategias que permite y exige el derecho, expresa muchas verdades pero omite otras tantas, fundamentales para la mediación. Y esto es un nudo fundamental para que la mediación construya su imagen sobre la justicia. El problema de que resuelva un tercero yace en que, dadas las características del poder judicial, éste sólo se guía por lo que escriben los abogados en sus demandas y contestaciones de demandas, pero ese discurso –sostiene la mediación– no necesariamente es la realidad de los hechos. Es sólo es lo que los abogados expresan. La distorsión sería un subproducto de la no responsabilidad de las personas en resolver sus propios conflictos.

Por otra parte, el proceso judicial resuelve sólo sobre lo que está puesto sobre la mesa. Quiere decir que la justicia reduce el ámbito de discusión y el ámbito de resolución sobre lo que está dicho; *“yo digo blanco y vos decís negro. Entonces empezamos a discutir nada más sobre colores, pero ya queda dicho que de algún color es. Y sólo sobre lo que uno está tratando de probar pero sin hacer la prueba de que es blanco, o blanco oscuro, o negro claro, o gris. Entonces se empieza a resolver mal. O, al abogado le digo que necesito esto,*

⁸⁹ Entrevista N° 14. Mediador abogado.

y el abogado le suma esto, y esto otro, y aquello.”⁹⁰ Esta metamorfosis del problema es otra de las aristas de la distorsión que la mediación reprueba de la justicia.

La estructura contenciosa de la justicia.

La no composición de intereses, es otro de los planos en los que la mediación cuestiona de *falta de moralización* de la justicia. Un juicio nunca perseguiría este objetivo, ni tampoco podría. El modo en que la justicia decide, generalmente implica que una parte gane y la otra pierda. No existe la posibilidad de que las dos partes ganen algo, o saquen algún provecho. Por lo general *el que ganó, ganó y se llevó todo. Y el que perdió, perdió todo.* Y para la mediación esto en lugar de resolver, resiente aún más. *“En una sentencia siempre hay un ganador-perdedor, y el ganador dice: podría haber ganado más; y el perdedor dice: ¿por qué perdí? Nunca queda muy satisfecho el hombre cuando se pronuncia un tercero”*⁹¹.

Para la mediación el código de la justicia es “paga lo que has hecho”. La justicia se refiere a que el que ocasionó el conflicto pague. Además, desde la visión de la mediación la formación de los abogados es la del litigio. En la conciencia del abogado está muy asentada la idea de que ser el mejor es ganar el pleito. La figura es la de una competencia en la que ganar o perder son los únicos dos resultados posibles.

El problema del anonimato.

Otra cuestión imposibilita la moralización en la justicia: ella no puede moralizar porque las partes no se contactan personalmente. El juez nunca llega a verles las caras a las personas.

⁹⁰ Entrevista N° 15. Mediador abogado.

⁹¹ Entrevista N° 20. Mediador no abogado.

*“La gente dice: cuando vaya al juicio yo le voy a decir al juez... ¿Cuándo lo va escuchar el juez a usted? Nunca, jamás. Usted no lo va a ver nunca al juez. Sólo es un escrito, con letra y con pruebas.”*⁹² *“Un juez nunca lo va a escuchar relatar a usted las noches que usted se pasó desvelado porque el perro del vecino ladraba. Y esto es lo menos importante para el juez, porque el juez lo que tiene que ver es en qué ley puede caer esto que usted está diciendo para ver si hay justicia o no.”*⁹³ Aunque sólo es en el fuero de familia que el juez puede solicitar ver a las partes -en el resto del ámbito civil no-, los mediadores reclaman que esto tampoco sucede. *“El artículo 58 indica que el juez puede llamar a las partes, se hace normalmente en el divorcio pero puede aplicarse para cualquier tema. Esa audiencia para tener contacto con las partes el juez dice cómo van a ir resolviendo la cosa, qué van a hacer con los chicos, qué van a hacer con las cosas. Esa audiencia el juez a veces ni la toma, a veces la toma el secretario, y a veces lo hace en cinco minutos, o lo toma directamente el mismo abogado que los trajo con lo cual se pierde lo necesario y lo esencial de esto.”*⁹⁴

Entonces por un lado la justicia y su modo de resolver los problemas no motiva a las personas a desarrollar sus propias soluciones para los problemas. Pero, por otro lado, se advierte que la justicia no satisface las *reales* necesidades de las personas que a ella acuden. Otras veces aunque pueda satisfacer lo que uno quería o estaba buscando, *deja un sabor amargo*. *“A veces en una instancia judicial puedes obtener una sentencia favorable y sin embargo quedarte con el trago amargo porque puedes obtener una indemnización pero necesitas que tal vez esa persona que te llevó por delante en la calle, que te pida disculpas o que vea cómo te dejó, o que entienda por qué estoy reclamando.”*⁹⁵ Probablemente para la mediación sea que en la satisfacción, empieza la pacificación. Pero habría una satisfacción verdadera y oculta tras los intereses superficiales que creemos tener. *“Otra cosa que necesita y que no va a tener nunca en el juicio es que el médico le diga ahí, de*

⁹² Entrevista N° 9. Mediador abogado.

⁹³ Entrevista N° 8. Mediador abogado.

⁹⁴ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

⁹⁵ Entrevista N° 16. Mediador abogado.

frente 'yo nunca quise que esto le pasara, no lo pude prever, hice todo lo que estaba a mi alcance, pero no me salió bien. Yo también soy humano.' Eso baja los niveles de agresión y de disputa de una manera impresionante. Y a partir de ahí se puede empezar a trabajar."⁹⁶

Por esta vía la justicia no tiene manera de llegar a una solución real de los problemas y esto forma parte fundamental del discurso de la mediación. Los mediadores, haciendo uso de su *saber hacer social*, saben sobre las personas más que las personas mismas: sostienen que a la gente no le interesa el beneficio material, ni una carta documento, ni la reparación económica sino lo que ellos consideran que necesitaban: un pedido formal de disculpas, una escucha de la otra parte, de poder contar lo que ellos habían pasado con la situación y finalmente una comprensión mutua de lo que sucedió. En este sentido la justicia no estaría preparada para ser sensible a estas necesidades. No es el código con el que se maneja. El código civil prevé qué es lo que hay que hacer con todos los problemas, pero la mediación asegura que eso no resuelve, porque la necesidad es otra. Esa *otra* necesidad es la que podrían percibir los mediadores.

Se manifiesta entonces que aunque la justicia es el ámbito natural de resolución de problemas no siempre tiene la respuesta que las personas necesitan. No satisface. No otorga lo que realmente necesitan las personas, -aunque crean que sí les está satisfaciendo-. Para la mediación la justicia hace justicia pero no siempre la gente necesita justicia. Es lo que las personas en un principio *creen* que necesitan pero en realidad no lo es. Necesitan algo que ni siquiera ellos saben, pero que en la mediación lo descubren. Así la mediación se atribuye el mérito de satisfacer esta necesidad *real o efectiva* y además el de constituir un espacio que permite que esta necesidad oculta aflore. Entonces, se asume que existe una necesidad pero para manifestarse es preciso que existan las condiciones especiales que crea la mediación. En las normales condiciones que ofrece la justicia, estas necesidades quedarían no sin satisfacerse sino sin siquiera poder manifestarse.

⁹⁶ Entrevista N° 14. Mediador abogado.

El malestar con la justicia.

La justicia es el referente del discurso negativo, en un plano discursivo es constituida como el enemigo de la moralización. El enemigo de la moral, es un enemigo moral también, moral negativa. La moral tiene obstáculos, que es el cómo somos como sociedad. La moral también tiene un enemigo que es la justicia. La distinción entre obstáculo y enemigo es una que muy complicada de sostener fuera de un plano analítico. Sólo con este fin esta distinción de categorías puede ser sostenida. Pero su planteo necesita deshacerse de cualquier tipo de especulaciones que lleven esta descripción a una lógica de causalidades en la que el enemigo –la justicia- es quien causa los obstáculos –el tipo de sociedad que somos y cómo nos la llevamos con en el conflicto-. No. No queremos sostener que en realidad somos tal cual somos debido al sistema de justicia. El modo en que hemos planteado el análisis de obstáculos y enemigo, se funden en una única y compleja trama explicativa. Juntos y no separados se entienden como una pieza en el sistema de atribución y explicación de la desdicha social. En este caso la explicación es moral.

Pero hay algo aún más importante en la elaboración de la justicia como enemigo que hallamos en la mediación.⁹⁷ Una de las funciones clave del Estado es la administración de justicia y la mediación la pone en duda y la desestima. No implicaría demasiado esfuerzo encontrar otros discursos que la desestimen, y en este sentido el de la mediación sólo sería uno más entre tantos. Pero la crítica de la mediación a la justicia es paradigmática y se separa de todas las demás en tanto la cuestiona no por sus defectos sino por funcionar como debería funcionar. Y esto sí es algo problemático.

En la práctica la justicia nunca es todo lo ideal que debería ser. Pero nunca ese ideal deja de ser uno de los pilares del Estado. La mediación convierte a la justicia como enemigo porque ella es

⁹⁷ Para la elaboración de este apartado fueron fundamentales los aportes que Fernando Escalante G. realizara en oportunidad de discutir versiones preliminares de este texto. La interpretación y adaptación de sus comentarios son responsabilidad mía.

heterónoma, es impersonal, porque no busca la verdad de la sinceridad, porque no se hace cargo de los sentimientos, no se ocupa de la raíz del problema. La mediación critica a la justicia justamente por sus virtudes.

La virtud del derecho es establecer límites claros entre lo que a él pertenece y lo que corresponde a otros ámbitos. El derecho no lo abarca todo, sino que establece nítidos límites entre su ámbito y el de otras instituciones sociales pero esto es parte de su virtud. La virtud de la administración de justicia es justamente delimitar un campo con respecto a otro. Entonces cuando la justicia se construye como el enemigo, en el discurso de la mediación, el problema no es que funcione mal sino que podría funcionar perfectamente. Esa es una expresión de un malestar con el derecho, con la justicia. En todo proceso de administración de justicia hay un remanente de injusticia. Este remanente es in-eliminable y es por el cual nadie está satisfecho con la justicia. Pero el malestar con el derecho y la justicia que se traduce en la mediación es mucho más profundo que esto. El malestar no se limita a cuestionar ese remanente de injusticia que no se puede eliminar. Por el contrario, ataca el ideal mismo de la justicia.

5 ¿Cómo moraliza la mediación?

En la descripción de la estructura del código moral de la mediación ubicamos a la mediación misma, al proceso de resolución en sí, como el medio para lograr el cambio moral y al mismo tiempo la cura ante la justicia como enemigo y los obstáculos. El objetivo de este apartado es describir justamente esa lógica. Para ello debemos prestar atención a los rasgos del proceso de mediación. En definitiva trataremos de entender cómo y de qué manera la estrategia de intervención en la resolución de conflictos genera en primer lugar los puntos fuertes del código moral deseado: responsabilidad y autodeterminación. Para esto la mediación crea una atmósfera particular donde se forma un micro ambiente en el que prevalecen la comunicación, los sentimientos y los valores. En un segundo momento y después de haber explicado cómo funciona este mecanismo intentamos avanzar en algunas posibles consecuencias de esta lógica.

El acuerdo es un elemento fundamental en esta lógica. En primer lugar porque se supone lo elaboran las mismas partes y es algo que deciden ellos. *"Nosotros manejamos y dirigimos el proceso pero a él llegan las partes. Entonces como las partes han trabajado en él se sienten partícipes, y aquél que es partícipe es el primero que lo cumple".*⁹⁸ Y aquí recargan la fortaleza del acuerdo. El supuesto que este argumento sostiene es que las personas no cumplen –o les es difícil cumplir– cuestiones impuestas, y así explican por qué muchas veces las sentencias judiciales no se cumplen y en cambio los acuerdos sí. La diferencia estaría, según señala la mediación, en el compromiso que genera el involucramiento en una decisión. Lo plantean como una cadena lógica: si lo dije, lo quise. Luego, lo cumplo. Y ese cumplimiento estaría facilitado por una cuestión de pertenencia con el resultado: *"el acuerdo es mío, y si no se cumple, es porque yo también fracasé. No otro sino yo mismo."*⁹⁹

Pero además del aspecto del compromiso que implica el tomar cartas en el acuerdo, el discurso de la mediación argumenta que el cumplimiento es facilitado porque está basado absolutamente en las reales posibilidades de las personas. *"Cuando las partes son protagonistas quiere decir que se va a cumplir, eso es una garantía asegurada porque un juez puede decir: usted tiene que pagar tanto. Y la persona paga dos cuotas y después no pagó más porque no podía pagar. En cambio acá puede decir que sus recursos son tales y para qué le alcanza."*¹⁰⁰ La mediación basa su capacidad para moralizar en la idea de que las partes mismas pueden y deben ser los arquitectos de su propio futuro. Es decir, las partes son los determinantes más importantes del proceso por el cual la disputa se resuelva y además son los creadores de los resultados. Son dos temas centrales en moralización de la mediación. Que el cumplimiento sea una función del compromiso de haber participado en

⁹⁸ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Entrevista N° 20. Mediadora no abogada.

él y de la seguridad de que *impone* cosas realizables para las personas, son dos mitos fundacionales de la mediación. No obstante a este romántico mundo construido desde el discurso de los mediadores hay que matizarlo bastante. El matiz se advierte especialmente cuando se atiende a la práctica concreta de la mediación ya que es bastante común que las partes no participen del todo y que el acuerdo sea *insinuado* más por los mediadores que las partes.¹⁰¹

Así, el panorama práctico de la mediación deja ver en primer lugar que la responsabilidad en realidad no es asumida (elegida) por las partes sino que es delegada. Es decir, la responsabilidad en tomar las propias decisiones respecto a la forma de resolver un conflicto no es elegida en sí misma, sino que es una consecuencia del modo de funcionamiento del proceso de mediación. En este sentido, lo mismo sucede con la autodeterminación. La versión ideal de la mediación, no la que se lleva a cabo, indica que las partes no deben ser ni coercionadas para llegar a la mesa de negociación ni dirigidas para arribar a determinados acuerdos. No sólo el acuerdo, sino la misma negociación debe provenir de las partes. Pero la autodeterminación nos lleva inexorablemente a plantear el papel de la voluntariedad, específicamente el cuestionamiento de cuán auténtico puede ser el fin de la autodeterminación en un marco de no voluntariedad.¹⁰²

En segundo lugar, en este modo en que se relata cómo el acuerdo creado por las partes es el núcleo de la autodeterminación, no sería correcto soslayar el papel de los mediadores, más allá de su autoreconocimiento como meros guías. Los mediadores pueden llegar a ejercer un gran control tal vez no sobre el acuerdo mismo, pero sí sobre la dirección y organización del proceso de negociación.

¹⁰¹ Esto es una interpretación a partir de la observación de un caso.

¹⁰² Volveremos sobre este punto en el capítulo 4.

Minimización de un problema a problema de comunicación.

Una clara señal de esto es interesantemente planteada por Rothschild, quien críticamente sostiene cómo la mediación es un proceso interactivo basado en el paradigma de la comunicación, todo lo transforma en un problema de comunicación. El enfoque que la mediación aplica a la resolución de conflictos implica un proceso en que los conflictos y disputas son constantemente parafraseados y traducidos en problemas de comunicación interpersonal. (Rothschild 1993: 266) Y esto se ve claramente en el modo en que el mediador organiza los planteos de las posiciones. Que todo problema sea traducido en un problema de comunicación, es algo que queda muy claro en las voces de los mediadores de Córdoba. *“En realidad lo que el mediador hace es facilitar la comunicación. Porque evidentemente los conflictos son problemas de comunicación.”*¹⁰³ *“Desde que éramos chicos cuando nos enseñaban a comunicarnos, nunca nos enseñaron a escuchar activamente, sólo nos decían cállense, nos decían no hablen. Pero nunca nos decían escuchen. Siempre era: cállense, cállense, no hablen. No nos enseñaron a hablar en un tono en que todos nos entendamos. Nunca nos dijeron eso. Y nos faltó eso: la comunicación. Todo es un problema de comunicación. El universo es lenguaje. Parece tan simple pero no lo es.”*¹⁰⁴ *“Ella no sabía lo que él quería, y él no se lo decía. Ese fue el gran problema. Entonces es un problema de comunicación, y esa es la finalidad de la mediación. Esto es para que se escuchen, que puedan hablar, nosotros creamos el espacio de escucha. No todas las personas tienen facilidades de comunicación. Muchas personas son mudas, no hablan y uno tiene que estar sacándole las cosas. Esto una instancia de creación del escenario para resolver el problema de la comunicación.”*¹⁰⁵

¹⁰³ Entrevista N° 16. Mediador abogado.

¹⁰⁴ Entrevista N° 12. Mediador abogado.

¹⁰⁵ Entrevista N° 5. Mediador no abogado.

¿Pero de qué trata la comunicación de la mediación? Básicamente la comunicación permite entender que hay otra posición diferente a la propia. *“La mediación te hace entender que hay otra posición distinta a la tuya, conocerla ya es un buen dato. A lo mejor la puedes respetar, entender y a lo mejor no la compartes pero no importa. Pero ya sabes que hay otra posición diferente a la tuya, y diferente a la única solución que yo tenía pensada, hay tres o cuatro. Así se empieza a abrir el panorama de una manera interesante para la próxima vez.”*¹⁰⁶ El beneficio residiría al parecer en la posibilidad de ver el problema desde otro punto de vista. La comunicación enseña la empatía, el ponerse en otro lugar a partir de la escucha de las razones del otro. Y en esto consiste aprender a convivir empezando por el reconocimiento del otro, algo que es tan fundamental para el discurso de la mediación. *“Esto sí lo permite la comunicación directa entre las partes. Quizás no justificarse pero sí entenderse que es muy distinto. Yo a veces no voy a justificar que venía a 120 km/h y me llevé por delante a una persona, pero sí puedo hacerle entender al otro que me pasaba tal o cual cosa, o por qué ese día estaba distraído. Puedo entender en muchos sentidos.”*¹⁰⁷

La mediación ofrece la posibilidad de confiar en que se puede hablar, que se puede escuchar, que se puede conocer qué es lo que quiere el otro y para qué lo quiere. *“Generalmente las partes llegan muy peleadas, muy enemistadas. Seguro, porque no han podido conversar y si no han podido conversar la pelea cada vez es más grande. El conflicto escala. Pero a medida que van hablando este nivel de conflicto va disminuyendo y al ir disminuyendo es posible que salgan de esa posición parte enraizada con la que llegan y puedan ver el interés y la necesidad del otro. Y que tal vez a veces no están tan alejados del interés mismo de uno.”*¹⁰⁸ Así entienden los mediadores cómo el proceso de mediación se convierte en un mecanismo de pacificación social. El respeto y la tolerancia, la comprensión y la solidaridad, desde una posición de no juzgamiento sino de cooperación. Estos son los valores que el conflicto puede llegar a desplegar, siempre y cuando sea

¹⁰⁶ Entrevista N° 10. Mediador abogado.

¹⁰⁷ Entrevista N° 16. Mediador abogado

¹⁰⁸ Entrevista N° 19. Mediador no abogado.

enfocado desde un proceso de mediación. La mediación es el medio para la moralización y la cura contra los males de la falta de moral, porque ella es una representación, una puesta en escena para que todo confluya hacia un mismo objetivo. La mediación es moralización porque todo en ella está diseñado para ofrecer una micro escena de la vida completamente custodiada y cuidados al máximo los detalles. Claro, que no todo lo que se logra en esa escena trasciende al ámbito de la vida cotidiana, si es que se logra.

Todos los conflictos que la mediación atiende se transforman en un problema comunicacional. La ideología de la mediación presenta un consenso más o menos generalizado en el que se definen los problemas como problemas de falta de comunicación. El paradigma de la comunicación como base del conflicto centra la atención del proceso en los aspectos relacionales y emocionales de los conflictos. Y, consecuentemente otras dimensiones de las disputas, legales, sociales, políticas o económicas, no son prioritarias ni tenidas en cuenta.

En general todos los conflictos son pensados como solucionables a partir del restablecimiento de la comunicación. Es evidente que lo legal no es el modo prioritario ante el cual se confrontan los problemas y esto responde a los objetivos fundacionales de la mediación. Pero la transformación de todo hacia el paradigma de la comunicación niega otro tipo de conflictos sobre valores, intereses, necesidades. (Rothschild 1993: 287) Más bien no los niega, pero los subsume a un problema de comunicación.

Sentimientos y vida cotidiana.

La mediación no se involucra con la terminología abstracta y formal propia del derecho. Acá en cambio el lenguaje de los sentimientos y el de la vida cotidiana son los que se destacan. El proceso de mediación enfatiza la discusión sobre los sentimientos antes que

sobre los actos. Ellos juegan un papel fundamental. *“Uno juega con la forma de involucrarse en la situación. No es lo mismo, leer la demanda donde dice que la persona quejó en silla de rueda, que tener la persona en la silla enfrente de uno. Nosotros los abogados estamos acostumbrados a manejarnos con papeles, y los papeles son fríos. Dicen cosas terribles los papeles pero uno las saltea, las pasa de largo. No es lo mismo verlo ahí.”*¹⁰⁹

*“El primer momento es difícil porque la gente viene con mucho resentimiento, bronca, y ese tipo de cuestiones. Pero luego de las diversas reuniones en las que hicieron la descarga emotiva la cosa cambia totalmente.”*¹¹⁰ *“Siempre vienen muy enojados, se sientan sin mirarse... y después de dos o tres reuniones ves cómo van modificando algunas formas. El haber escuchado a alguien, el hacerles ver, alguien que los ayude de que hay una herramienta, mostrarle el desgaste y el camino tan largo que para resolver un conflicto traían, el hacerles ver y trabajar con otras alternativas.”*¹¹¹ *“Nos han pasado casos en que las personas entraban sin poder mirarse a la cara, y que de pronto te digan: yo a fulano le quiero pedir perdón. La mediación es un espacio para que esto pueda ser así.”*¹¹² Es marcada la importancia de expresar los sentimientos antes que demostrar los hechos reales, y así también se entiende que la mediación no pueda hacer justicia. Es más, la noción de justicia se transforma. Lo importante no es la justicia sino la restitución y el perdón. El lenguaje de la vida cotidiana se supone aporte la experiencia de naturalidad y universalidad necesaria para facilitar la incorporación de los valores que la mediación quiere transmitir. Al mismo tiempo, el hecho que la mediación gire en torno al lenguaje de la vida cotidiana genera una apariencia de horizontalidad en las relaciones y de ausencia de poder, que no siempre se logra y es bastante dudosa.

¹⁰⁹ Entrevista N° 14. Mediador abogado.

¹¹⁰ Entrevista N° 5. Mediador no abogada.

¹¹¹ Entrevista N° 9. Mediador abogado.

¹¹² Entrevista N° 18. Mediador no abogado.

Asociar el conflicto exclusivamente a un problema de comunicación es muy parecido a suprimirlo. Así entiende Nader (1993) el tratamiento que la mediación da al conflicto. Se genera una especie de prevención basada en una conciencia terapéutica y compromiso con la armonía. La mediación, para esta autora se acomoda a la conciencia terapéutica contemporánea porque se centra en los sentimientos y en las expresiones individuales. Las terceras partes son conceptualizadas como humanas, responsables, atentas a las expresiones y los sentimientos de los otros más que a los intereses. La preocupación no es con la justicia sino con las relaciones armoniosas, con la comunidad, y de paso, si es posible, con la remoción de los casos basura de las cortes. La producción de armonía sería alcanzada por un movimiento en contra de lo contencioso. Las relaciones, no las causas profundas, las habilidades interpersonales de resolución de disputas, no la injusticia, es lo crucial en la mediación. (Nader 1993: 440)

Los componentes de la ideología de la armonía se parecen a las condiciones encontradas sobre la ideología de la mediación en Córdoba. Las disputas se diseñan como problemas de comunicación interpersonal. Las inequidades de poder no entran al paradigma, las disputas sobre hechos y derechos legales se transforman en disputas sobre sentimientos y relaciones, el conflicto es personalizado y los problemas son ubicados en el ámbito de las emociones. La personalización del conflicto implica que aunque no haya culpables e inocentes, sí cada parte *es* el problema, la causa de una disrupción al orden social y en ningún momento las condiciones en las que esa persona vive se cuestionan como causa del conflicto. La mediación excluye estas consideraciones. La privatización del conflicto implica excluirlo del escrutinio público y traducirlo todo a términos psicológicos y subjetivos. Además, no resolver los conflictos es visto como disfuncional y amenazante para el orden social y la vida comunitaria. Se piensa que la armonía es inherentemente buena, y el problema de la justicia no es aparente.

En este marco entonces justicia no es castigo o retribución sino restitución de relaciones rotas. Tal enfoque asume que el conflicto y su resolución van más allá del acuerdo. (Lederach y Kraybill 1993: 369) *“Nosotros hemos tenido la semana pasada un acuerdo tan reparador, respetuoso, que dijimos la gente participó de manera voluntaria, aquí vienen porque lo desean. No les interesa el beneficio material, ni una carta documento. Vimos cómo una familia que había pasado por una situación muy difícil muy traumática tuvo lo que podía esperarse de una situación de este tipo, no la reparación económica sino lo que ellos consideraban que necesitaban: un pedido formal de disculpas, una escucha de la otra parte, de poder contar lo que ellos habían pasado con la situación y finalmente una especie de encuentro entre las partes donde hubo una comprensión mutua de lo que les había pasado.”*¹¹³

La mediación cambia la justicia por una idea de perdón, reparación social y reconciliación. Cuando la mediación se convierte en un proceso de comunicación, la justicia se define no en relación a derechos o a estándares explícitos, sino relación a estándares implícitos de conformidad. (Nader 1993: 439) La ideología de la armonía es una idea en la cual el conflicto es controlado, no resuelto. Los problemas sociales son negados y personalizados y todo pretende ser solucionado por la construcción de cursos de consenso. Pero la confrontación no desaparece, sólo se suprime. Lo que muchas veces se llama prevención posiblemente sea supresión del conflicto. (Nader 1993) Por detrás de esta perspectiva del conflicto existe la visión de la comunidad, el barrio, la familia, y las relaciones en general como un lugar de armonía social y de valores compartidos.

¹¹³ Entrevista N° 4. Mediador abogado.

Este tipo de enfoque presupone un consenso social sobre derechos y valores. Evidentemente los mediadores en este marco se entienden a ellos mismos como facilitadores de la comunicación antes que tomadores de decisiones. Lo que las partes pueden obtener como resultado de la mediación es una oportunidad de hablar, y de comunicarse. Lo cual no es poco. Para muchos, esta es una valiosa oportunidad difícil de encontrar sin la intervención de la mediación. Es necesario reconocer esto. Pero la mera provisión de un foro de comunicación se queda muy corto a los objetivos completos del programa.

CAPITULO 3:

TRAS LAS PISTAS DE LA DEFINICIÓN DE UNA IDEA DE ESTADO EN LA MEDIACIÓN.

Introducción.

Desde un inicio destacamos cuál era el concepto de Estado que creemos apropiado para entender este proyecto de constitución *moralidades* que la mediación despliega. En ese momento remarcamos la importancia de reconstruir las imágenes cotidianas del Estado, el conjunto de ideas sobre la *estabilidad*, así como las prácticas estatales desarrolladas en torno a la mediación.

Así como existe un sistema-Estado que toma forma en una dimensión institucional, también existe una *idea-Estado* que es proyectada. En este apartado se describen cuáles son las certezas que dominan esta imagen del Estado, cuáles son los elementos que en esta representación justifican el papel del Estado en la moralización social, cómo se marcan los límites entre el Estado y el no-Estado.

Esa perspectiva nos permite reconocer que, aunque el Estado parezca tener objetivos claros sobre lo que quiere conseguir en la sociedad, no todo es completamente planeado, coherente y homogéneo.

Las preguntas que guían el análisis de la primer parte del capítulo son en primer lugar en qué consiste el papel o el rol moralizador del Estado. Esto es, cómo los actores definen al Estado como “encargado” de la moralización en el caso de la mediación. Las percepciones de los legisladores sobre sí mismos y su papel social por un lado, y los relatos de los

mediadores acerca de lo que creen es y debería ser el Estado en la mediación constituyen el recurso primario para dar cuenta de este aspecto del Estado, la moralización y la sociedad.

En la segunda parte consideramos las prácticas de Estado de la mediación a partir de algunos aspectos organizacionales e institucionales de esta institución. El modelo de mediación cordobés proyecta un área compartida entre actores públicos y privados para llevar adelante la tarea de la moralización. Nos interesa explicar las prácticas de distribución de autoridad para la moralización, que aunque estén claramente definidas en un nivel reglamentario, el modelo que se instala y ejecuta es uno en el que el Estado concentra para sí la autoridad de la moralización.

El núcleo de este capítulo apunta a pensar qué concepto de Estado es el que construye y nos presenta la mediación. Queremos entender, a partir de la imagen del Estado que los actores reproducen así como de las prácticas, algunos rasgos importantes para definir el concepto de Estado puesto en juego en este caso particular.

1. El Estado desde el Estado: actores, imágenes y prácticas.

La mirada sobre el Estado que intentamos sostener –un estado intersticial que se (re) constituye a partir de modificaciones en sus rasgos estructurales- lleva a poner especial atención en cómo algunos actores perciben al Estado, cómo esta idea del Estado se manifiesta en la vida de las personas que trabajan en sus instituciones, cómo esas percepciones se corresponden con ubicaciones particulares dentro y fuera del Estado, cómo se enmarcan en procesos institucionales. El análisis de estos procesos culturales a través de los cuales el Estado es instanciado y experimentado permite ver que la cohesión y unidad es una ilusión creada por los actores estatales mismos, y que por el contrario lo que emerge es

una idea disputada y frágil en tanto es el resultado de un proceso de luchas de sentido que no debería ser dado por hecho.

La focalización en las prácticas de Estado y las representaciones cotidianas como modos a través de los cuales se constituye una definición de Estado, es una decisión metodológica fundamental porque abre un amplio terreno de lugares y textos a través de los cuales repensar el concepto del Estado mismo. Pensar cómo los Estados son constituidos culturalmente, cómo se sustancian en la vida de las personas y en las consecuencias sociopolíticas y cotidianas de estas construcciones, significa movernos más allá del nivel institucional de análisis del Estado para atender las prácticas sociales y burocráticas. (Sharma y Gupta 2006: 27)

La idea de ser legislador.

Para empezar a definir cuál es la imagen que algunos actores estatales tienen sobre el Estado es interesante reparar en la autodescripción de los legisladores obtenida a partir de los debates parlamentarios sobre la mediación. La importancia de estos sujetos en el proyecto de la mediación deriva del estatus legal que la mediación tiene y que describimos en el inicio de este documento. Y aunque en ese momento notamos la carencia de una explicitación de lo moral en la norma propiamente dicha, sí la encontramos en el proceso parlamentario. Claramente los legisladores constituyen un grupo de actores con protagonismo especial en la determinación de la ideología de la mediación, es decir, de la moralización. El papel que éstos se autoatribuyen da forma a una mirada vertical y jerárquica del significado de la política y del hacer político.

¿Qué significa el Estado puesto en juego en la definición de la mediación, desde el punto de vista del legislador? Claramente, el papel del Estado y de la política está asociado a la función de legislador. Una supremacía de la ley como primer y más importante modo de coordinación social es identificada en el discurso de los propios parlamentarios en referencia a su actividad. La idea que gira en el ambiente del congreso es que un legislador

en primer lugar no es una persona cualquiera sino que se reconoce a sí mismo como poseedor de una *virtud*. Pero no se trata de una virtud natural, sino de una adquirida. La posibilidad de conseguir esta virtud residiría en la formación profesional, que es la que faculta a estos sujetos a desarrollar su actividad parlamentaria. “*El paso por los claustros de la universidad es el hecho que demuestra los quilates adquiridos en cada uno de los temas tratados en el recinto*”.¹¹⁴ Uno de los rasgos que para el legislador define su identidad y que lo habilita para estar en ese lugar de diseño del destino de la sociedad, es el del conocimiento, en el más amplio sentido de la idea: el legislador conoce la sociedad, conoce sus necesidades. El conocimiento, en tanto virtud de los legisladores, se plasma en diálogo, debate maduro, razón, entendimiento de las razones, aspectos que terminan ubicándolos en una posición de *iluminados sociales* para los objetivos del Estado: la paz social, el bienestar social y bien común. Para ellos los objetivos están más que claros: el Estado, y en particular los que redactan las leyes buscan mejorar el destino del “*hombre y la mujer común, que son los verdaderos destinatarios de la herramienta de la mediación, del ciudadano común que no sabe de leyes ni de derecho por eso espera a quien sí sabe que lo haga y lo ayude en la búsqueda de la verdad.*”¹¹⁵ Además junto al conocimiento aparece asociada una idea de compromiso. Un legislador no sólo ocupa una banca desde la cual dirigir los caminos de la sociedad sino que es poseedor de los “*principios fundamentales de la convivencia política, principios que conducen a conjugar esfuerzos en aras de legislar mejor para la gente.*”¹¹⁶ En esta construcción que los actores legislativos efectúan respecto a ellos y en definitiva respecto al Estado va apareciendo de una manera marcada la envergadura de la ley.

La imagen que estos sujetos construyen sobre sí expresa una sintonía entre conocimiento/capacidad/legitimidad. Además muestra de una manera concreta cómo ellos se (auto)presentan como los orientadores y guías auténticos de los destinos sociales, más

¹¹⁴ Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba N° 35, Año 1996. pág 2346.

¹¹⁵ Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba N° 14, Año 2000. pág 1109.

¹¹⁶ Ídem pág 2353.

allá de las divergencias acerca del contenido concreto de esa orientación. Si la sociedad tiene un problema, es el Poder Legislativo el lugar para diseñar las soluciones. Por esc aunque en general la discusión de la solución de un problema y el proceso legislativo correspondiente son dos momentos diferentes; en el recinto legislativo éstas coinciden y se hacen uno sólo porque los legisladores son los representantes de la sociedad y los que conocen sus necesidades. (Barbosa y Magris 1999: 22) La búsqueda de la propuesta legislativa adecuada coincide con la discusión del problema y las alternativas de solución. Problema y solución forman un todo no fácilmente distinguible y su ámbito natural es el parlamento. Pero no sólo eso, sino que también el legislador tiene que detenerse a pensar si realmente está haciendo las cosas correctamente porque es a través de ellos por donde el Estado debe asumir la responsabilidad primaria de devolverle a la ciudadanía lo que ésta necesita.

Ahora bien, detengámonos por un momento y preguntémosnos qué significan estas representaciones de los legisladores sobre ellos y sobre el Estado. Estos elementos puestos en conjunto, el parlamento como el ámbito por el que necesariamente tienen que pasar todas las discusiones por un lado, y la ley como el elemento primordial para la organización social por el otro, nos devuelven una imagen que en definitiva concentra el gobierno en la producción jurídica, visión que excluiría la posibilidad de que la política o lo político pase por algún otro ámbito que no sea el del derecho y la producción de leyes. Es decir, los legisladores parecen estar convencidos de que si la política es coordinación social, ellos son la política. Es importante considerar esta definición como un aspecto clave de una identidad autoconstruida acerca de la tarea del legislador y como una pieza para reconstruir el modelo de Estado que la mediación nos presenta.

Para los legisladores, el acto propio del legislador es legislar mejor para la gente. ¿Pero qué significa legislar mejor? Significa asumir y reconocer un sentido de mandato, que fuera entregado por la ciudadanía, la cual a la vez demanda una respuesta o acción concreta. Es decir, la de la responsabilidad del poder delegado genera un tipo de honorabilidad y esto

debe asumirse responsablemente. “La posibilidad de incidir sobre las realidades sociales es una responsabilidad que suele convertirse en abrumadora si no se tiene en claro el sentido de mandato que la ciudadanía les ha conferido y sólo constituye una gratificación cuando una norma contribuye a mejorar la calidad de vida de gente que sufre.” (Barbosa y Magris 1999:20)

Un sentido de superioridad también es remarcado cuando se mencionan a otros sectores sociales que pueden influir en los diseños de los modelos de sociedad. Así el legislador se reconoce atento a la amplia participación de todos los sectores en la mediación, y esto para ellos es una cuestión de dignidad. Pero el reconocimiento de esta colaboración es superficial en realidad porque aunque muchos de estos actores puedan creer que interactúan en una relación de igual a igual, siempre queda muy claramente definida la superioridad del que hace la ley: es él quien tiene la última palabra y esta jerarquía es legítima porque le viene dada por la voluntad general.¹¹⁷ La autopercepción del legislador sobre el Estado que se pone en juego en las discusiones sobre la mediación manifiesta una doble superioridad: por un lado, la del Estado respecto a otros actores de la vida social; por otro la del legislador y la ley respecto al gobierno y la política en general.

La dimensión que ocupó la crisis de la justicia en el debate parlamentario es un ejemplo muy transparente a la identidad del legislador, a su papel frente a la sociedad. Y es especialmente interesante porque además revela la importancia de ese papel social –el de guiar los caminos de la sociedad– en posicionamientos completamente opuestos respecto a la relevancia de la mediación para resolver la crisis judicial. En el marco común del significado de ser legislador se marca la posición divergente respecto al debate de la mediación, ubicada en el contexto de la crisis de la justicia. En los términos de sus propias definiciones, la tarea de un legislador es resolverle los problemas a la sociedad. Pero un conjunto común de ideas respecto al papel del legislador toma caminos opuestos respecto a un tema concreto. Nadie negaba que la crisis de la justicia era un hecho real, concreto y objetivo. Sin embargo, el mismo proceso aunque construido a partir de sentidos

¹¹⁷ Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba N° 14, Año 2000, pág 1113.

divergentes, sostuvo en sentidos opuestos la representación que los legisladores tienen sobre sí mismos y sobre su función social: la de asumir la responsabilidad que la sociedad les ha delegado para orientar futuros proyectos. El planteo convergente era: ante la crisis de la justicia, los legisladores somos los encargados de darle a la sociedad lo que ella necesita. Luego la divergencia: justamente por eso hay que apoyar/resistir la mediación.

Pasemos en limpio lo que queda de esta relevancia que se auto-atribuyen estos actores estatales en la iniciativa de llevar la sociedad hacia una mejor situación. El objetivo era buscar piezas para elaborar el esquema de Estado que la mediación nos presenta. Y lo que encontramos es una idea que corrobora en parte la noción de Estado que describimos en el capítulo primero y de la que justamente queríamos desligarnos. El Estado que los legisladores construyen es el Estado cuya mirada jerárquica sobre la sociedad no sólo tiene una investidura de objetividad del que *sabe hacer las cosas* sino que esa es *la forma* y la manera en que *hay* que conducir una sociedad. Nos presentan una representación bastante clásica del Estado en la que el político, en este caso el legislador, reúne en su persona la virtud de la que la sociedad carece para guiarla a sus destinos. Este es un primer elemento en la definición del Estado en la mediación.

El Estado en la mediación según los mediadores.

Ha quedado claro cómo es que el Estado es recreado en las prácticas y las imágenes de los legisladores. Pero la mediación involucra a otro conjunto de actores tanto o más importantes que los aquellos que escribieron la norma de la mediación. Se trata de los mediadores. Aquí también es posible encontrar elementos que revelen algo acerca de la definición del Estado que estamos tratando de reconstruir.

En el discurso de los mediadores, si se trata de ubicar un responsable de la mediación el primero en aparecer indefectiblemente es el Estado. Los actores lo definen como el lugar indiscutido desde donde ofrecer la mediación como un servicio a las personas; no cabe posibilidad de que sea *alguien* más quien la lleve a cabo. Y esto, para los mediadores, es una cuestión de pura voluntad política, iniciativa y propósitos firmemente planteados. “Si

yo Estado me propongo hacerlo bien, y trabajo con quien sea necesario trabajar, le doy a la mediación el lugar que tiene, si yo confío en que puedo lograrlo, puedo lograrlo. Es una cuestión de voluntad política".¹¹⁸ El papel del Estado aparece vinculado a la voluntad política del gobierno al punto que se lamenta el hecho de que cuando cambian las administraciones se deshaga lo construido en este tipo de proyectos.

¿Cuál es ese concepto de Estado que está recreando la imagen que los mediadores construyen respecto de la responsabilidad para la coordinación de la mediación? La carga de la responsabilidad al Estado como el ámbito pertinente en el cual concentrar la dirección del proyecto de mediación se funda en la idea de que existen algunas tareas o funciones que le son indelegables y que es el Estado *quien* debe hacerse cargo de organizar, coordinar y establecer las reglas; para los mediadores el Estado tiene que acompañar políticamente con educación e institucionalización. En estas representaciones el Estado es acudido como recurso para otorgar significado a un tipo de autoridad. El Estado aparece casi como un *fantasma* en cuya personificación residiría el fundamento más importante que justifica la existencia de la mediación.

Los mediadores privados en cambio, los que tienen sus propios centros de mediación, construyen de manera diferente el sentido de la autoridad del Estado. Éstos están convencidos que la autoridad debe pasar por el Estado, pero se refieren especialmente a la autoridad sobre el financiamiento del proyecto. La voluntad política mencionada por los mediadores privados se refiere directamente a los problemas presupuestarios. El Estado para ellos sí tiene que dirigir y coordinar, pero sobretodo tiene que aportar el dinero. El presupuestario es justamente uno de los asuntos que genera controversia, especialmente entre los diferentes ámbitos de la mediación: pública y privada. Como señalamos al principio, la mediación privada prácticamente no funciona. Y los mediadores privados trasladan esta dificultad a un problema de autoridad estatal. Desde la perspectiva de este

¹¹⁸ Entrevista N° 7 mediador abogado.

grupo, para que la mediación privada funcione sólo es necesario compromiso político para la asignación de presupuesto.

La autoridad estatal desde el punto de vista de la mediación pública en cambio, permanece como una cuestión de autoridad para establecer las reglas. Nuevamente hay disonancias. Pero estas diferencias en las ideas sobre la autoridad estatal respecto de la mediación son una expresión de las diferentes concepciones que los diferentes actores construyen sobre el Estado. Tal como lo resaltan Sharma y Gupta los efectos conflictivos del Estado producidos por la compleja dialéctica entre prácticas y representaciones de diferentes grupos en contacto con el Estado rompe la hegemonía y la singularidad del Estado, y resalta las contradicciones que él mismo cuaja. (2006: 19)

Si nos desplazamos de esta imagen o idea del Estado y la autoridad respecto de la mediación hacia un área más cercana al de la institucionalidad u organización de ella, la imagen no permanecerá inmutable. En la reconstrucción de esta mirada desde los actores que están involucrados directamente con el proceso institucional y operativo de la mediación -- esto es, la práctica de la mediación - el Estado no es ubicado en este lugar exclusivo. Y esto porque cuando se piensa en las prácticas de mediación, de manera inevitable surgen los obstáculos, las cosas que no funcionan como deberían funcionar o al menos como fueron pensadas por quienes garantizaban conocer lo que la sociedad necesitaba. Entonces cuando en la mesa están los problemas, en lugar de aparecer una referencia a un Estado que concentre la administración de los modos de vida a seguir de las personas, en el escenario se incluyen algunos otros actores de la vida institucional de una región. Esto nos sugiere la idea que el Estado no es pensado como el único generador de orden social. Pero también puede significar que cuando el Estado falla como el primer y más importante actor para desarrollar la mediación, en el plan alternativo de búsqueda de soluciones y atribución de responsabilidades de lo que no sale bien, hay una distribución de culpas --opuesta a la concentración de autoridad--.

Esta última idea acerca de la no exclusividad de la responsabilidad del Estado cuando emergen las dificultades del funcionamiento de la mediación se repite en otro aspecto. *Efecto multiplicador* es el concepto al que los mediadores (especialmente los públicos) apelan para explicar cómo debería funcionar el proceso de dar a conocer la mediación en la sociedad, con la cual casi inmediatamente para algunos, se resolvería el problema de la falta de uso de la herramienta. Es decir, aunque es el Estado quien tiene que ofrecer el servicio hay una atribución de responsabilidad compartida para dos tareas fundamentales: difundir la herramienta y concientizar o cambiar las mentes de las personas. En la lista mencionan a asociaciones de profesionales, mediadores, y ciudadanos, cada uno de los que ya pasaron por esa experiencia, todos los que tuvieron algún contacto con la mediación y se beneficiaron o tuvieron experiencias satisfactorias deberían ser los factores multiplicadores para trasladar la misma idea a otras personas. Según los mediadores, estos son los actores que deberían incentivar al ciudadano para que pueda elegir la vía que estimen más correcta, esto es la mediación.

Así la noción de un Estado que se hace cargo de todo, es complementada con la de una lista de variados actores sociales que deben asumir responsabilidades. El enunciado “*es imprescindible que sea el Estado quien controle este asunto de la mediación, porque alguien lo tiene que hacer*”¹¹⁹ convive con el de “*no le podemos dejar todo al Estado*”¹²⁰. El segundo tiene su fundamento: “es un lugar común del inconsciente colectivo el que todas las soluciones deben provenir del Estado; y esto es un gran obstáculo que impediría recuperar el tejido social. Sin duda el Estado tiene una responsabilidad grande en la mediación pero sólo serán viables si éstas se enraizan en la comunidad.” (Barbosa y Magris 1999:34)

La construcción de un sentido del Estado es volátil y se modifica según cuál sea el tópico. El Estado es conceptualizado como un núcleo concentrado de coordinación: para el establecimiento de reglas en el caso de los mediadores que operan en el ámbito de la

¹¹⁹ Entrevista N°13. Mediador no abogado.

¹²⁰ Entrevista N° 5. Mediador no abogado.

mediación pública; para el financiamiento en el caso de los mediadores privados. La autoridad estatal tiene un sentido claramente diferente en cada grupo de actores.

Por otra parte, en el momento de indagar posibles responsables de lo que funciona mal, la noción de los mediadores públicos se modifica y la concentración se transforma en una dispersión de culpas. Por el contrario los mediadores privados mantienen en la figura del Estado la concentración de la solución de los problemas. Las distintas definiciones conviven y se articulan en los discursos de quienes representan la mediación.

¿A quién le corresponde el Estado y a quién no?

Otro importante plano en donde se define la imagen que los actores mediadores tienen sobre el Estado es articulando un sector usuario de ese Estado, el *para quién* del Estado.

Rápidamente recordemos que en Córdoba existen dos tipos de centros dedicados a la mediación extrajudicial. Por un lado, los centros públicos, que dependen del Poder Ejecutivo de la provincia; y por otro lado los centros privados que pueden funcionar en instituciones públicas o en ámbitos privados propiamente dichos. Ambos son habilitados, controlados y supervisados por un organismo del gobierno de la provincia: el ProMARC (Programa de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos). Éste funciona bajo la órbita del Ministerio de Justicia y es la autoridad de aplicación de la Ley Provincial de Mediación. Este área del gobierno fija las políticas a desarrollar en materia de mediación en todo el territorio provincial; promueve y difunde los métodos, elabora los programas y proyectos respectivos y controla el funcionamiento de la actividad.

Todas estas experiencias existen dentro de la órbita estatal: desde allí son promovidas, organizadas, ejecutadas y evaluadas las mediaciones. Es por esto que nos referimos a la mediación como una experiencia de coordinación social promovida desde el Estado: aunque se denominen *extrajudiciales* no son completamente *extraestatales*. Esta distinción generó profundos contrapuntos durante la discusión del proyecto de ley tal como vimos al

inicio de este trabajo. Actualmente, es uno de los temas no resueltos que se plasman en diferencias respecto a las preguntas fundamentales de qué le corresponde a lo público y qué a lo privado. O parafraseando a Donzelot, cuál es la agenda y cuál la no agenda del Estado.¹²¹ Y la diferencia se corresponde con las voces de los operadores en el sector público y los operadores en el sector privado.

En su letra original, la preocupación de los legisladores era “*poner este instrumento al alcance de todos los sectores sociales, pero particularmente de los que hoy quedan al margen del sistema judicial generando una fuente de malestar y conflictividad social*”.¹²² Se reconoce la generalidad del proyecto pero se marca un sesgo hacia los posibles favorecidos destinatarios. Recordemos además que la discusión legislativa básicamente es sobre la mediación pública (judicial y extrajudicial, pero pública).

Pero una vez ya la mediación hecha práctica, dos son las ideas sobre el ámbito de competencia y alcance del Estado en cuanto a sus destinatarios.

Por un lado, a la mediación en el sector público se le atribuye una jerarquía superior a la desarrollada en el sector privado. Esta superioridad no estaría dada por el tipo de personas que allí trabajan, ni por el tipo de casos que receptan, ni por los resultados, ni por nada que tenga que ver con el proceso de mediación en sí. La diferencia se construye sobre la misma idea de lo público por sobre lo privado con la que se manejan los operadores de la mediación. Desde esta perspectiva entonces “*el Estado entiende que a ninguna persona puede decirle que no*”¹²³; el Estado es para todos.

Luego, no sólo que cualquier ciudadano no estaría impedido para utilizar un servicio del Estado, sino que desde esta visión lo preferiría porque “*no es lo mismo recurrir a un centro privado que a uno público. A la gente común lo público le da confianza, le da la sensación*

¹²¹ Jaques Donzelot, *The mobilization of society* en *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. 1991.

¹²² Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Prov. de Córdoba N° 14, Año 2000, pág. 1104.

¹²³ Justamente esta es una expresión de un mediador de un centro de municipal de mediación, pero que por ley, tiene la denominación de centro privado.

de estar dentro de un sistema."¹²⁴ Esta idea no se reproduce para el ámbito privado. Es más, se pone como ejemplo el desprestigio de la mediación en otras provincias justamente por el hecho de estar delegada al sector privado. *"En el centro público, una persona entra a un edificio público, ve alguien de saco y corbata, y no sabe si es el ministro de justicia, el secretario, o el doctor; pero cree que si tiene saco es alguien importante. Esa persona no sabe muy bien quién es quién. Pero piensa 'éste es un funcionario'. Hasta nosotros mismos cuando vamos a un hospital y vemos alguien vestido de blanco pensamos que es el médico aunque sea el chofer de la ambulancia; todos los que están de blanco son médicos."*¹²⁵ Esta es la interpretación del imaginario público que tienen los mismos operadores estatales.

En cambio, la versión del alcance y límite del Estado es diferente para los encargados de los centros privados. Aquí se restringe el ámbito y en consecuencia el público destinatario. Para los mediadores privados el Estado debe estar a cargo, pero organizando y filtrando los casos que corresponden a un lado o a otro. El problema es económico: el filtro —desde el punto de vista de los mediadores privados— debería ser uno que distinguiera aquellos casos que pueden acceder económicamente a un centro privado de los que no. Es evidente que los privados no llegan nunca a ver satisfechas estas expectativas respecto a la selección de casos. La práctica responde más bien a las pretensiones de los mediadores públicos: el Estado no filtra ni casos, ni personas que puedan pagar un centro privado.

Ai mismo tiempo los privados sostienen que algunas cuestiones sí o sí les corresponderían a los centros públicos. Así ubican temas *exclusivos para el Estado* como por ejemplo lo asuntos comunitarios y los barriales: *"los centros públicos deberían existir para cuestiones de crisis de la sociedad y que el resto de la gente tuviera la tranquilidad de poder recurrir a un centro privado"*.¹²⁶ Este discurso sobre el papel del Estado para decidir a *quién le*

¹²⁴ Entrevista N° 9. Mediador abogado.

¹²⁵ Entrevista N° 2. Mediador abogado.

¹²⁶ Entrevista N° 6. Mediador abogado.

corresponde que que elaboran los mediadores del sector privado funciona de la misma manera que cuando antes mostramos cómo ellos se refieren a la autoridad del Estado en las cuestiones presupuestarias. La responsabilidad y tareas que estos actores privados esperan del Estado no es un concepto previamente definido sobre lo público. Sino una idea elaborada a propósito del poco éxito de la mediación privada. La gran crítica que este grupo tiene para con el Estado se articula en una idea del Estado sólo para los “pobres”; para el resto lo privado. Para este conjunto de mediadores al Estado le correspondería *“intervenir trazando políticas de difusión y dedicarse a ese sector de la población que no tenga otra cosa. Ya que sólo debe ser gratis para la gente careciente.”*¹²⁷ Sostienen que desde el Estado y especialmente desde el ejecutivo no se ha trabajado bien como política pública la mediación y que hay demasiada improvisación, pero –argumentan– ésta es una característica de nuestro país.

Aunque los mediadores no son empleados públicos –su sueldo no proviene de recursos del Estado sino de los usuarios del programa¹²⁸– la mediación pública y privada es comparada con cualquier otro servicio que al mismo tiempo es ofrecido por el Estado y por el mercado al mismo tiempo. Igual que la salud y la educación, por lo tanto *“siempre habrá opciones para elegir entre un sistema y el otro. Sin embargo, lo privado tiene una ventaja sobre lo público: da más privacidad”*.¹²⁹ Para los privados la mediación es como un servicio que se puede comprar si se tienen los medios o un bien público que puede obtenerse gratis. Pero tiene un rasgo que la hace diferente, y con el que los mediadores ironizan: la mediación como sistema es sostenida por los mediadores en tanto agentes privados. Es como si concibiéramos un sistema público de salud mantenido económicamente por los médicos, o uno de educación sostenido por los maestros. La mediación no se cae porque son los mediadores los que la sostienen. Sin ellos se caería el sistema.¹³⁰ Los motivos por los

¹²⁷ Entrevista N° 7. Mediador abogado.

¹²⁸ Sólo los mediadores que funcionan como coordinadores del Centro Público y de los Centros de los Municipios tienen salarios provistos por el Estado.

¹²⁹ Entrevista N° 11. Mediador abogado.

¹³⁰ Entrevistas N° 11 y N° 17.

que estos actores se mantienen en estos lugares más allá de la poca rentabilidad de su tarea es una cuestión que pasa por las motivaciones que provoca la vocación.

Una vez más encontramos dos sentidos otorgados al Estado que se corresponden con los actores públicos y privados. Estas diferentes percepciones, imágenes o ideas en conjunto son piezas que sirven para articular una noción de Estado en la mediación. En ellas es reproducido pero desafiado como una institución vertical y homogéneamente establecido. Las prácticas así como las imágenes del Estado nos muestran un panorama en el que el límite entre el Estado y el no Estado es flexible y no siempre claro, la imagen es dinámica, heterogénea, contestada. No obstante en términos muy generales vemos varias imágenes en disputa por la definición del Estado: por un lado la de los legisladores, para quienes la importancia de definir un concepto de Estado reside en que al mismo tiempo también se definen a ellos mismos como actores de la política entendida en el más clásico sentido de la idea. Por otro lado los mediadores quienes entre ellos tampoco presentan una imagen cerrada y homogénea. El Estado es definido según los problemas a los que se estén refiriendo. Así convive la idea de un Estado que debe ser la autoridad para establecer las reglas con la de uno que solo debe limitarse a garantizar los recursos para que la mediación funcione. Al Estado se le atribuyen expectativas diferentes y contradictorias.

2. Público y privado. El papel de lo técnico paraestatal en el modelo de gobierno de la mediación.

El cuerpo de mediadores es uno de los componentes fundamentales del gran proyecto moralizador de la mediación. Como vimos en el capítulo anterior el papel de los profesionales que tienen a cargo poner en funcionamiento el programa se define alrededor de dos grandes tópicos, uno de carácter moral vocacional que manifiesta la representación de la transformación social. El otro gran tema es el de la profesionalidad y la técnica de la mediación. Estas dos caras en aparente tensión, se funden y construyen una imagen sobre

quiénes son los mediadores y cuál es su papel en la mediación. Pero analizando las prácticas organizativas, existe una relación entre esta representación de los mediadores y el proyecto más amplio de gobierno. Es decir, más allá de la auto-percepción de los mediadores como los encargados de lograr los objetivos del programa, es necesario analizar cuál es la relación entre este conjunto de agentes en su totalidad con el gobierno de lo social, en particular con el proyecto moralizador de lo social que conlleva la mediación.

Los expertos técnicos y el gobierno.

Foucault y otros autores resaltan la importancia de la relación que existe entre el conocimiento, las disciplinas y la experiencia profesional con el poder y el gobierno. (Burchell *et al* 1991; Barry *et al* 1996) Así una característica de esta racionalidad de gobierno o *gubernamentalidad* es el entrenamiento de expertos con conocimiento técnico y exclusivo. De esta manera el gobierno se asienta sobre una red de conocimiento desarrollada por expertos. Ya vimos que la mediación es un programa de gobierno que sustenta gran parte de su potencial moralizador en la técnica de un conjunto de actores expertos, a ellos les delega poder y autoridad en relación a un rango de objetivos sociales con el fin de desarrollar en los ciudadanos la aspiración de conseguir su propia civilidad, bienestar y progreso.

La particularidad del papel de los expertos en el marco de análisis de los autores mencionados es significativa porque con ello explican una racionalidad de gobierno neoliberal: a través del poder de la verdad atribuida a estos expertos, eventos y personas pueden ser gobernados *desde lejos*; la regla política no establecería ella misma las normas de las conductas individuales, sino que instalaría y fortalecería una variedad de profesionales, invistiéndolos de autoridad para actuar como expertos en los dispositivos del gobierno de lo social. Rose explica que el gobierno liberal avanzado depende de los expertos conectándolos dentro de tecnologías de gobierno en un modo que se de-

gubernamentaliza el Estado y se de-estatizan las prácticas de gobierno. (Rose 2006: 147) Lo específico de este modelo es desligar la autoridad de los expertos del aparato de gobierno político y reubicar a los primeros en un mercado gobernado por racionalidades de competencia y demanda de consumo. La consecuencia sería una manera de gobernar --no a través de la sociedad como lo haría el Estado bienestar- sino a través de elecciones reguladas de ciudadanos individuales, ahora contruidos como sujetos de elecciones y aspiraciones de auto realización y auto cumplimiento. Los expertos se distribuyen por fuera de la órbita público estatal, y desde allí e investidos de autoridad intervienen lo social.

Mucho tiene el modelo de mediación de esta manera de operar el gobierno. El papel del conocimiento experto y de la técnica para la resolución de conflictos en primer lugar. La mediación es un método que implica una técnica. Esa técnica es aplicada para intentar acuerdos entre personas que tienen algún problema entre ellas. Segundo, la mediación quiere transmitir un tipo de conocimiento y actitud en las personas en el cual la responsabilidad y la autodeterminación son dos componentes fundamentales. Es decir, es necesario darles a las personas las herramientas para que sean ellas mismas y por su propia cuenta las que puedan autogobernarse. En esto consiste el contenido moral que la mediación quiere implantar. No se trata de gobernar directamente sino a través de sujetos responsables.

Con estas características nuestro modelo de mediación tendría en principio algunos puntos de contacto con este modelo de la gubernamentalidad neoliberal. Sin pretender adaptar el modelo teórico a nuestro caso es interesante tener como marco de referencia estos argumentos porque sin duda son elementos que suman en la definición del concepto de Estado de la mediación. Además, sostenemos que la original o particular implicación de actores privados y públicos en la mediación complejiza la lectura de esta forma que ha adoptado el gobierno de la sociedad con la mediación. La forma en que la mediación en Córdoba convoca a actores públicos y privados expresa un modelo que no es completamente público, pero tampoco uno que delega todo el poder en expertos privados.

En el análisis de las prácticas se advierte que no es posible poner a funcionar el modelo como se previó en la ley. A continuación intentamos argumentar esta afirmación.

La organización de la mediación extrajudicial

Para entender la importancia de los mediadores como expertos es necesario trasladar la mirada desde los sujetos mediadores hacia la estructura organizacional que los soporta y en definitiva las prácticas que adopta. Y esto porque es allí especialmente donde puede hallarse información para determinar cómo la mediación es un modelo de moralización público o privado. Los sujetos mediadores como tales e independientemente del andamiaje organizacional no constituyen un plano apropiado para desentrañar el juego de lo público y lo privado. Más bien son piezas que se desplazan constantemente entre uno y otro ámbito, entre lo público y lo privado, lo judicial y lo extrajudicial. Hay un lugar que los define porque es el ámbito en el que desarrollan primordialmente su actividad, pero esto no significa un lugar de pertenencia excluyente. Es por esto que para analizar el papel de los técnicos en el límite de lo público y lo privado debemos hacerlo desde el plano organizacional, es decir, los centros de mediación.

En un plano organizacional la ley prevé para la mediación extrajudicial dos tipos de centros. Los privados, que son “todas las entidades unipersonales o de integración plural dedicadas a realizar la actividad mediadora, implementar programas de asistencia y desarrollo de la mediación y formación de mediadores”,¹³¹ los cuales dependen de la PROMARC para su creación, habilitación, controles, etc. Uno de los requisitos para la habilitación es que la mediación pueda ser realizada en estos locales de manera independiente de otras actividades profesionales o comerciales. Esta previsión pretende jerarquizar el ejercicio de la mediación como disciplina autónoma, impidiendo que su

¹³¹ Ley provincial de mediación 8858, Artículo 44.

práctica se subordine a la de otras profesiones –por ejemplo, que en un *bufet* de abogados la mediación se realice como actividad secundaria-.

La ley sólo crea *un* centro público provincial de mediación (luego se habilita un centro público por cada ciudad) dependiente del Poder Ejecutivo y que funciona en la órbita del Ministerio de Justicia. Este centro público desarrolla programas de asistencia gratuita para personas de escasos recursos.

La ley parece mostrar precisión, pero esta sólo es aparente porque cuando se analiza el mapa de los centros extrajudiciales que están en funcionamiento los centros no pueden clasificarse de manera tan simple como públicos o privados. Esto sí puede hacerse por referencia a la ley, y saber exactamente cuál es un centro público y cuál uno privado. Pero hay detalles que enturbian esta distinción. Existe un tercer tipo de centro, que aunque su denominación legal sea *privado*, no lo son porque se trata de instituciones públicas. El caso que más disonancia provoca es el de los centros que funcionan en las municipalidades de Córdoba y de Villa María, ambos son centros privados. Pero también una variedad de instituciones públicas como la defensoría del pueblo, o la obra social de los jubilados, albergan centros que se denominan privados. Y se denominan así porque la ley establece que sólo debe haber un centro público que coordine a los demás, y los otros son privados más allá de la organización que lo haga funcionar o lo aloje. La distinción público/privado de los centros es una que suena bastante arbitraria. O no queda claro cuál es el criterio.

Si se compara a la mediación con cualquier otro servicio otorgado por el Estado y al mismo tiempo por el mercado, tal como la salud, cabría que esperar que la diferencia entre los centros públicos y los privados sea el costo: la gratuidad define lo público en tanto el mercado, lo privado queda reservado para los que puedan afrontar los costos que esto genera. No es esta la lógica de la mediación. El criterio de la gratuidad y el costo se relativiza y pierde nitidez en esta distinción. Las mediaciones que se realizan en el centro público tienen un arancel, excepto aquellos casos que lleguen con el beneficio de litigar sin

gasto o los que puedan demostrar no solvencia económica.¹³² Y los centros privados que funcionan en instituciones públicas, especialmente los centros de los municipios, son exclusivamente gratuitos.¹³³

En el modelo de gubernamentalidad neoliberal, el Estado cede a lo privado no sólo la autoridad sino la exclusividad para la generación y aplicación de los esquemas de regulación moral de la sociedad. La mediación no delega este poder en forma completa, sino que en él el Estado permanece como el centro jerárquico, porque es ante él, ante quienes los demás actores deben *rendir cuentas* de lo realizado. Es decir, delega pero no completamente. Y además, lo que delega lo hace de manera muy poco “convencional” porque según el modelo de la mediación Córdoba, lo público es el Estado, pero no es gratuito (PROMARC). Al mismo tiempo, en otras instancias el Estado se denomina privado pero allí en ese caso sí es gratuito (centros municipales), y por último lo estrictamente privado pero que en este modelo parece no tener lugar para su desarrollo. La *expertise* de los técnicos para la generación de la nueva moral es compartida entre el Estado y los actores privados.

¿Monopolización de la mediación?

Ahora bien, esta originalidad con que se catalogan como privados o públicos los centros bien podría pasar por un punto anecdótico o una rareza que merezca la pena ser relevada pero sólo para señalar detalles e ilustrar lo particular del caso que nos ocupa. Y hasta ahí llegaría la importancia. Pero creemos que esta originalidad es fundamental en otro sentido.

¹³² Luego esta excepción se convierte en lo común.

¹³³ Un mediador de un caso gratuito en el centro público no cobra nada. Un mediador en el centro privado de la municipalidad cobra un sueldo.

Un detenimiento en el análisis de cómo se distribuyen las tareas y autoridades entre actores públicos y privados es una posible muestra de cómo el Estado queda ubicado jerárquicamente como el *actor* a quien le compete el monopolio de la mediación.

El modelo que Rose nos presenta describe cómo la gubernamentalidad liberal avanzada para gobernar se vale de expertos técnicos que funcionan en el ámbito privado y que así consiguen un modo de gobernar moralmente a los ciudadanos de manera indirecta. La mediación insinúa crear también esta arena de expertos técnicos que operen en el ámbito privado y así lo establece la ley al habilitar centros privados de mediación extrajudicial. Posicionándonos en un plano completamente de diseño legal, la mediación distribuiría el papel moralizador entre los centros públicos y privados, entre el Estado y el sector privado. No delega exclusivamente a los expertos para que operen en el ámbito privado y “gobernar a la distancia”, pero sí reparte atribuciones. Pero si del plano legal nos movemos hacia el de la práctica de la mediación, lo que sucede es que es el Estado el que se queda con la mayor parte de la mediación: basta echar una mirada a los datos para convencerse de que los únicos centros extrajudiciales que tienen un movimiento constante de casos de mediación son el centro público y los centros privados que funcionan en las sedes del gobierno municipal.¹³⁴

De esta manera original en que la mediación organiza lo público y lo privado se deduce que el movimiento más fuerte de la mediación extrajudicial pasa por el Estado, por lo público. Él se queda con todo. Luego, es el Estado el que se reserva para sí -o al menos al que le queda después de haberse movido las piezas- la tarea de la mediación. *“En Córdoba lo único que se media, y eso lo pueden decir los que están al frente de la extrajudicial pública, es lo que se media en el centro judicial, lo demás no existe. O sea no existe porque no hay casos...”*¹³⁵

¹³⁴ Ingreso de casos 2004 en Sede extrajudicial: Promarc 40%; Centro de Mediación Comunitaria de la Municipalidad de Córdoba 29%. ; todos los demás centros de Córdoba 31%. <http://www.cba.gov.ar/vercanal.jsp?idCanal=31280> Ver también los datos proporcionados en la introducción de este estudio.

¹³⁵ Entrevista N° 7. Mediador abogado. Coordinador de Centro Privado.

¿Qué lecturas posibles pueden realizarse de esta situación en la que es el Estado el que finalmente se queda con el *monopolio* de la mediación? Creemos que este monopolio es un efecto no deseado de la ley, y probablemente sea el resultado de la falta de previsibilidad de mecanismos que tal vez podrían haber estado incluidos en la ley. Lo cierto es que si es el Estado el que se concentra la actividad de la mediación es porque ella funciona con la cláusula de la obligatoriedad o en su defecto, del sistema de autoabastecimiento de casos que funciona entre las mismas dependencias estatales. Lo que veremos en el próximo capítulo es que justamente este punto, constituye una de las muestras más evidentes de la dificultad de la moralización. Pero en este momento del análisis nos interesa indagar en cuáles son los argumentos de los que los actores echan mano para explicar esta falta de acoplamiento entre el diseño de la ley y la práctica de la mediación que lleva a que la gran parte de la actividad de la mediación se concentre en el ámbito del Estado.

Lo explicación de los actores acerca de la preponderancia de lo estatal.

Este rasgo que adquiere nuestro programa de mediación queda muy claramente demostrado no sólo en las estadísticas sino en las voces de los mismos mediadores. Los centros privados propiamente dichos prácticamente no receptan casos. A partir de la reconstrucción de los relatos de los actores involucrados, reconstruimos dos interpretaciones.

Público es igual a legitimidad: Por un lado, una lectura que deja caer el peso de la explicación en una especie de legitimidad automática que el Estado tiene sobre lo privado por el simple de hecho de serlo, no por algún valor agregado durante el proceso. Esta lectura es la que sostienen principalmente los encargados de los centros públicos y estatales. Esta explicación reconoce que no todo tipo de mediación (la privada) es exitosa pero sitúan la dificultad en un prejuicio de la sociedad que la llevaría a rehusar lo privado. No obstante la dificultad no es lo importante, porque lo que se resalta es que sí funciona.

Así una de las lecturas que explican por qué sucede que finalmente es el Estado el que se queda en la práctica con la exclusividad de la moralización es atribuir este esquema de funcionamiento a un modo de responder la sociedad, en la que es la gente la que elige lo público por sobre lo privado. Es decir, sólo los centros que funcionan en el ámbito del Estado son los que realmente funcionan porque las personas jerarquizan lo público por sobre lo privado en la búsqueda de opciones para resolver sus conflictos. Esta respuesta queda corroborada con las percepciones de los mediadores que están a cargo de los centros municipales. *"El problema de los centros privados podría ser una cuestión económica. Muchas veces los centros privados se enojan pero si yo como persona puedo ir a un centro gratis en donde es la misma gente que hace la mediación, no hay diferencia de calidad, dónde voy, claro que al gratuito. Éste funciona porque la municipalidad es pública, no necesita difusión porque es de la gente, la gente la conoce. Son medios masivos de concurrencia. Si en la Promarc se presenta una persona que no tiene siquiera un peso, no le cobran; pero de todos modos Promarc no tiene movimiento, tiene unas oficinas espectaculares pero no tiene gente. No sé por qué no tiene casos si podrían ser gratis. No sé por qué es así. Nosotros vemos que se hacen algunas mediaciones pero... nosotros tenemos 1500 y pico casos, hace dos años que estamos".*¹³⁶ Esta es una autojustificación de los que tienen a cargo los centros que realmente funcionan. Sin embargo, más allá de estas percepciones no es posible afirmar con muchos más argumentos que las personas realmente "elijan" un centro público. Por el contrario, más bien los argumentos que pueden esgrimirse indicarían lo contrario. La gente "no elige" el centro municipal porque es público y porque prefiere al Estado en primer lugar. Y esto porque aunque sean los centros con más movimiento, tampoco funcionan tanto como se esperaría. Segundo, porque la misma municipalidad es una fuente de autoderivación de causas. Por lo tanto, la gente no elige el centro municipal para que el Estado resuelva sus conflictos, sino que la fuente derivadora de conflictos es la municipalidad, y otras agencias estatales. *"Yo tuve entrevista con el auditor, le dije que mandara, y no nos manda ni un caso. Yo sé que al auditor llegan muchos casos que él deriva a la municipalidad que es un centro privado, y que está pagado por la propia municipalidad. Son pocas las mediaciones que tenemos, a veces en el año 5 o*

¹³⁶ Entrevista N° 9. Mediador abogado. Centro privado de Mediación. Municipalidad de Córdoba.

6 porque todos los deriva a la municipalidad. Porque tienen la misma camiseta política: Hay un compromiso de mandarlos para allá. Yo lo veo espantoso porque esto es un centro público, y bueno, no se puede hacer nada.”¹³⁷ En el caso de la municipalidad de Córdoba es igual, los casos llegan de los mismos departamentos municipales. “La gente va a [la Dirección de] Obras Privadas por un problema de medianera. De allá los mandan a mediación. Es gente que a lo mejor no conoce la mediación pero van a preguntar, que tienen un problema, que adónde voy, entonces nosotros en las oficinas de los CPC ya les hemos dejado un esquema de lo que es la mediación. Se trabaja bastante con los enviados por los departamentos de la municipalidad.”¹³⁸ La opción de que la gente elige el estado para explicar por qué los centros que funcionan en ámbitos estatales son los que definen los caminos de la moralización no es satisfactoria. Es una explicación que no se sostiene.

El problema es de la ley: la otra posible lectura de entender este panorama en el que la mediación que funciona es la que se organiza dentro del Estado, enfatiza el diseño institucional y legal y enfatiza los nudos problemáticos que esto genera. Este argumento principalmente es sostenido por los actores en desventaja, esto es, aquellos a cargo de los centros privados. El argumento sostiene que si lo único que funciona en la mediación es lo público, es porque la ley no habilita o no crea las suficientes condiciones para que no sea de otra manera. En definitiva, la ley establece el modo de funcionamiento de tal manera que hace imposible pensar que la mediación extrajudicial privada podría si acaso emerger. Pero la explicación de los mediadores privados enfatiza una cuota de premeditación que llevó a un resultado completamente deliberado, en donde hubo una clara intención de perjudicar a los actores privados.

Esta explicación la encontramos en varias fuentes. “Hay que reconocer por ejemplo, a quién han puesto en el centro de mediación judicial, al miembro del Tribunal Superior que más imagen pública tiene, la doctora Cafure. Ella es la coordinadora del Centro Judicial de Mediación. Es muy fácil ver cómo desde lo institucional ya está desequilibrado: una (la

¹³⁷ Entrevista N° 11. Mediador abogado.

¹³⁸ Entrevista N°9. Medidor abogado.

judicial) miembro del Tribunal Superior, aquella otra (la extra) programa de una subdirección.... Que además tiene pocos recursos, no una buena difusión del ejecutivo... por eso nosotros como centro privado tenemos tantos problemas para sobrevivir... tenemos un arancel anual que ya no podemos pagar. es de \$ 250 cuando no sé si llegamos a tener una mediación al año. O sea no existe la mediación privada.”¹³⁹ No sólo los mediadores de los centros privados argumentan lo que ellos llaman una *intencionalidad manifiesta en que las cosas sean como son*. En el debate legislativo también se reconocía en su momento que la ley creaba funciones propias y ajenas al Ministerio de Justicia –el Centro Judicial- y esto colocaría en una clara desventaja a los distintos centros como los de los colegios profesionales, que hoy aspiran a poder ejercer la mediación.¹⁴⁰ Este sesgo hacia lo público es tal que en el último proyecto que el Ejecutivo envía a la legislatura para la sanción definitiva de la ley, se indica que *“las normas alternativas para la resolución de conflictos, si bien constituyen una modalidad nueva para el ejercicio de la función jurisdiccional clásica, persiguen idéntico fin, es decir, la resolución de conflictos interpersonales en el marco de las estructuras normativas del Estado.”*¹⁴¹ Claro que para ellos en ese momento el estado era el Poder Judicial, no el Poder Ejecutivo.¹⁴² Esta explicación otorga a la ley la capacidad para “determinar situaciones”. En ese caso tendríamos que aceptar que el modo en que la ley dispone el ordenamiento de actores y poderes es el elemento fundamental para que sea el Estado quien se haga cargo de la moralización. Esta explicación -que piensa el problema como una cuestión calculada e intencional- forma parte del repertorio de explicaciones de los mediadores privados.

Pensemos los posibles alcances o implicaciones de esta explicación que encontramos en los mediadores privados sobre el por qué la mediación queda concentrada en el ámbito estatal.

¹³⁹ Entrevista N° 7. Mediador abogado.

¹⁴⁰ Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Prov. de Córdoba. Año 1999.

¹⁴¹ Veto del Poder Ejecutivo. Archivo de la Ley 8612. Legislatura provincial. Córdoba, 22 de julio de 1997. Folio 2

¹⁴² La discusión sobre las competencias del poder judicial y del ejecutivo para convertirse en autoridad de la mediación es un tema que desarrollado en la introducción de este estudio.

Buscamos algunos elementos para sostener que el proceso legislativo de la ley de mediación fue uno en que se evidenciaron luchas por espacios y definiciones de fuerzas entre los diferentes sectores del gobierno y no aspectos sustantivos de la mediación -tal como lo explicamos cuando analizamos el proceso legislativo-. La multiplicidad de voces y perspectivas desde el comienzo son muestras de una falta de claridad respecto a los fines objetivos. Lo que encontramos es una tensión, una disputa por una definición de la idea del Estado. El estudio de la idea del Estado y de las prácticas estatales nos permitió ver un grado de incoherencia, de fragmentación, que difícilmente puedan conciliarse con una explicación que sostenga los males de la mediación *fueron deliberadamente diseñados o planeados*.

Pero principalmente creemos que quedarnos con la idea de que todo responde a una maquinada decisión de los actores que decidieron en la ley o a un exclusivo problema de diseño legal, es una decisión problemática y debe ser tomada con extrema cautela. Creemos que el *monopolio de la mediación en el ámbito del Estado* no es una conspiración en contra de los privados sino un efecto no deseado de la ley de mediación. Y este efecto no deseado en parte es una resultante del carácter indeterminado de la producción legal; y en parte también es el corolario de una impericia en la técnica legislativa.

En este estudio aceptamos la idea contraria a la que manifiestan los mediadores privados (y que sostiene que la ley es la que determina el estado de la situación actual). En oposición a esto, suponemos en cambio que todo proceso de producción legal lleva implícita una cuota de imprevisibilidad y de indeterminación. La ley termina de hacerse en el terreno. Esto es algo que difícilmente pueda ser eliminado en un proceso de creación legal. Por lo tanto podríamos sostener que el monopolio estatal de la mediación es un efecto de las (inevitables) fallas de previsibilidad (claro que luego habría que cuestionar en qué medida es un aspecto atribuible o no a la indeterminación de la ley). Aunque estamos convencidos que el monopolio estatal no deriva de una confabulación no hay que descartar por completo la posibilidad de los desaciertos y descuidos de la ley. No obstante, dejar caer el peso de la explicación de los yerros de la mediación en su texto legal no es un argumento que llegue al

fondo del problema en tanto creciera la capacidad de utilización. Sobre estos puntos profundizamos en el siguiente capítulo.

CAPITULO 4:

INCONSISTENCIAS E IMPOSIBILIDAD DE LA MORALIZACION.

Introducción

Este capítulo en parte retoma una discusión que surgió en el capítulo anterior sobre los aspectos que contribuyen a generar el frágil estado de situación en el que hoy se desarrolla la mediación en Córdoba. Así, aquí desarrollamos algunas otras inconsistencias inherentes a la mediación que terminan generando profundas tensiones que cuestionan seriamente la posibilidad de encarar un proyecto de moralización.

El capítulo entero se desarrolla contra el fondo de la pregunta si las deficiencias de la mediación pueden leerse como efectos no deseados de la ley de mediación. Es decir, pretendemos indagar si los problemas de la mediación podrían corresponder al nivel de incertidumbre en la aplicación de la ley que necesariamente hay que aceptar como elemento fundamental de la experiencia de elaboración de leyes.

El análisis de los principales escollos de esta institución nos llevará a sostener que no podemos cargar el peso de las fallas de la mediación en este problema. Si nos quedáramos con ese argumento perderíamos de vista otros aspectos profundos e importantes que definen la mediación en Córdoba y en los cuales habría que reparar para la explicación de por qué la mediación, tal como se la plantea en Córdoba, no es exitosa. Es decir, la *indeterminación del derecho* sólo explicaría una parte de las dificultades; el resto -suponemos- se explica a partir de una dificultad relativa a los propósitos y fundamentos de la mediación: esto es, la moralización.

La primera parte del capítulo presenta la manera cómo se construyó en el momento del debate legislativo una idea que, alertando sobre las probables dificultades de implementar

una nueva institución, resaltaba la necesidad en el momento de su planteamiento en abstracto y por fuera de los rasgos y costumbres de la sociedad. La concordancia entre el texto formal y abstracto de las leyes y las formas de la sociedad fue un punto reconocido por los legisladores como un aspecto fundamental del significado de “la buena ley”. Y lo expresan en términos problemáticos advirtiendo el riesgo de una “mala legislación”. La manera en que se planteó este problema confirma una idea acerca de cómo se espera que “funcione” la ley en la sociedad, cómo y qué se prevé en el momento de la elaboración de la ley para que la “sociedad responda en la forma esperada”. Los relatos de los mediadores y legisladores son la fuente para dar forma a esta idea.

Los dos apartados siguientes, tratan temas que, además de ser cruciales para la fragilidad de la mediación, también fueron decisivos en el planteo de divergencias en los posicionamientos en la etapa prelegislativa. Nos referimos a la voluntariedad y/o obligatoriedad por un lado, que genera lo que aquí llamamos el problema de la paradoja de la voluntariedad de la mediación; y la inevitable manera en que el derecho se hace presente al interior del proceso de mediación.

No obstante haber sido identificados por los mismos creadores del proyecto como puntos nodales problemáticos al punto de poner en duda la institución completa, la manera en que se resolvió no parece haber sido completamente satisfactoria si lo evaluamos por cómo estos puntos debilitan la institución de la mediación.

1. La ineludible relación entre la ley y la sociedad.

La mediación es un programa de gobierno que proyecta un área para ser regulada y es una institución regulada por ley. Queremos reconstruir en estas páginas cómo —especialmente los legisladores pero también los mediadores— construyen una idea de la ley y especialmente de la relación entre ella y la sociedad. Cualquier orden social diseñado o planeado desde una instancia legislativa, es necesariamente esquemático, y por lo tanto ignora rasgos esenciales de los *órdenes reales en funcionamiento*. Esto es un problema que

ya ha sido suficientemente señalado y estudiado; por ejemplo Sousa lo describe en términos de los problemas de *escala* y así se refiere a la no coincidencia de la relación entre la distancia en el mapa y la correspondiente distancia en el terreno. (Sousa 1991: 22) También aquí se ha mencionado refiriéndose a éste como el problema de la indeterminación del derecho. (Azuela 2000)

Una de las características fundamentales a la que se le atribuyen los defectos de muchos proyectos legislativos es el modo de proceder en abstracto, sin tener en cuenta la sociedad para la que esos proyectos están siendo diseñados. Chakrabarty lo dice de una manera en la que no quedan dudas: la ley funciona siempre con un método que abstrae y sintetiza identidades y no permite la alteridad radical del otro. En todo momento la ley se basa en la idea de ciudadanos, deberes y derechos abstractos, generales y homogéneos. (2002: 113) La consecuencia más inmediata de esta manera de operar de la legislación moderna es que termina siendo deficiente o tiene serios problemas en la intervención social para las cuales son diseñadas.

Este tema nos posiciona frente a la pregunta acerca de la capacidad que tiene una norma o una ley o el derecho en general de *determinar* una realidad social.¹⁴³ Este apartado desarrolla este problema al interior del proceso de producción de la ley de mediación. En la primera parte de este capítulo mostramos cómo el problema del alcance de la norma para generar un cambio social fue procesado en el ámbito del debate de la mediación: cómo los encargados de la hechura de la ley incorporaron este problema, cómo y de qué manera entró la idea de la sociedad en el proceso de reglamentación de la mediación.

Si nos vamos a referir a la ley y la sociedad, comencemos por plantear en términos muy generales dos de las posiciones que en parte definen el estado de este debate. Por un lado, el derecho es independiente de la sociedad. El derecho (como institución) es una estructura que tiene el rasgo de ser independiente y autónoma de los contextos sociales así como de los sujetos que lo conforman. Pensar el vínculo entre la institución jurídica y los sujetos que se van a regir por ella deja de lado cualquier reflexión acerca de las mediaciones que

¹⁴³ En el capítulo anterior mostramos que no era aceptable recargar exclusivamente en la ley la explicación que los mediadores de los centros privados daban para entender por qué no es posible la mediación privada.

entre éstas dos dimensiones puedan existir tensiones, los autores prescriben acerca de la necesidad de esta autonomía.

Por otro lado y en firme oposición a las corrientes que definen el carácter externo a la realidad social sobre la que se impone, existe una línea de estudios que entiende que el derecho es un elemento constitutivo de la realidad social y no exclusivamente un aparato objetivo, externo, universal e independiente destinado a intervenir esa realidad.¹⁴⁴ Uno de los aspectos que marcan la diferencia con los otros estudios, es que aquí las prácticas sociales concretas y cotidianas mediante las cuales las normas son percibidas como elementos constitutivos de la realidad social se convierten en puntos de análisis relevantes. La falta de determinación completa del derecho emerge desde aquí como un dato que no puede ser eliminado de la producción del derecho.

En los inicios del debate legislativo uno de los autores del proyecto sostenía que la mediación era un desafío para todos lo que no conocían este nuevo sistema, por eso los poderes de gobierno debían difundirlo para *“instalarlo en la sociedad de Córdoba y para ir paulatinamente adaptándolo a la idiosincrasia de este medio, a las exigencias de la gente que lo ve como nuevo”*.¹⁴⁵ Asimismo sostenían que eran ellos, los mismos legisladores, quienes debían encontrar el mecanismo más apto para instalar la mediación en cultura jurídica, social y política de la comunidad.

En la discusión político legislativa de la mediación aparece insistentemente la preocupación por las pautas culturales de la sociedad. En la defensa del proyecto de ley la necesidad de adaptar el nuevo mecanismo a la sociedad era un aspecto relevante a tener en cuenta en el momento de hacer la ley; ésta sería una fortaleza del proyecto, una perspectiva que si se la tomaba seriamente en cuenta garantizaría el éxito de la institución. Sin embargo, la presencia de la sociedad en la discusión legislativa fue un recurso utilizado ambiguamente

¹⁴⁴ Nos referimos a los *Critical Legal Studies* (ver Peter Lledó: 1995) o *Legal Conscious Studies* (ver García Villegas, 2003)

¹⁴⁵ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. N° 15. Año 1997. Pág. 2067.

para apoyar así como para oponerse a la nueva institución, y en el debate encontramos posiciones que apoyan ambos supuestos acerca de la capacidad del derecho.

Desde una perspectiva que podría identificarse con la capacidad del derecho para generar las condiciones necesarias para la aceptación de una norma, un grupo de legisladores argumentaba que si bien la mediación no era propia de la idiosincrasia del argentino ni del cordobés y no estaba *instalada en la cultura*, esto no era un obstáculo para no considerarla. Saber si la mediación sería buena o no sólo era algo posible en la medida de su aplicación. Por eso la mediación debía ser voluntaria, así sería la gente misma quien decidiría si la mediación era o no algo bueno.¹⁴⁶ Los que apoyaron esta primera tesis confiaban de alguna manera en la capacidad de las normas escritas para provocar transformaciones en las mentalidades dominantes. Como sostiene Bergoglio¹⁴⁷, quienes así optan creen en la posibilidad de inducir cambios en los valores y normas sociales respecto a lo jurídico por decisión parlamentaria. Esta concepción sobrevalora la capacidad de la ley para moldear la sociedad y no toma en cuenta los riesgos de los trasplantes normativos.

Desde la segunda perspectiva, la legalidad y las leyes en lugar de ser autónomas, comprenden una dinámica de construcción social, de manera que los enfoques causalistas y deterministas de la ley pierden poder (relevancia) explicativo. En su lugar emerge un concepto de derecho dotado de resultados contingentes que se derivan de la interacción de individuos e instituciones, cargado de elementos simbólicos que enfatizan los aspectos culturales de la conciencia legal de los ciudadanos comunes: la ley es una práctica social que opera como marco interpretativo y un *set* de recursos con el cual y a través del cual el mundo social (y la misma ley) es constituido. Las leyes son repertorios complejos de

¹⁴⁶ Senadora Griselda Baldata Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores nº 35. Año 1997. pág 2359

¹⁴⁷ Bergoglio María Inés "Reforma Judicial y acceso a la justicia. Una mirada sobre los medios alternativos de resolución de conflictos". Documento inédito.

estrategias discursivas y parámetros simbólicos que estructuran el sentido de las prácticas y conductas. En oposición a una visión dogmática, la ley es un fenómeno caracterizado por el pluralismo, la indeterminación y la contingencia de las prácticas legales. (García Villegas 2003) Este tipo de miradas sobre lo legal-institucional tiene la ventaja mostrar la complejidad y creatividad de los fenómenos legales en las esferas individual y colectiva, que antes eran vistas como elementos pasivos de regulación social. En definitiva, las leyes necesitan la consolidación de una cultura jurídica-legal que no sólo transforme la formación acerca de las posibilidades sobre cómo manejar la convivencia, sino que imponga nuevos parámetros interpretativos de manera que se modifique la visión tradicional que se tiene y se incorporen las posibilidades que la “nueva ley” prevé.

Con este argumento otro grupo de legisladores se dedicó a señalar las debilidades de la mediación y en este sentido decirle *no*. Esta posición planteaba la necesidad de un mecanismo que valorara la realidad a partir de la experiencia (por supuesto, ese mecanismo de prueba no era la mediación que se estaba discutiendo). Sólo entonces desde una experiencia previa, una prueba del sistema, se podría discutir un marco legal que correspondiera más a esa realidad que a los estudios teóricos típicos de las salas de comisiones o los libros de asesoramiento. La confianza no estaba depositada en la norma, sino en un proceso más práctico de uso y acostumbramiento. Porque el problema de *hacer* una ley de mediación era la falta de conocimiento de cómo iba a funcionar el esquema legal en el marco de la realidad social. Esta era la actitud que debía adquirir el Estado para que la mediación fuera finalmente exitosa. Con este argumento se asumía la existencia de una senda de pasos y caminos apropiados para que los cordobeses aceptaran la mediación como un medio pacífico de solución de sus conflictos: *“la mejor de las ideas puede verse frustrada si nos equivocamos en el mecanismo de instrumentación, y del mismo dependerá el éxito o no que pueda tener la mediación en la provincia”*.¹⁴⁸ Esta era una forma que reconocía los límites que las costumbres y los valores imponen a los proyectos legislativos de cambio.

¹⁴⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores nº 35. Año 1997. pág 2357

Si el problema más importante de una legislación que no contemplara en absoluto los rasgos de su sociedad fuera su condena al fracaso, nuestra ley estaría a salvo de este problema. El tema estuvo presente y en dos direcciones contrarias: para darle salida así como para frenar el proyecto. Al menos si sólo se tratara de la advertencia y reconocimiento del problema estaríamos en presencia de una ley garantizada. Los legisladores creyeron que sabiendo esto la mediación estaría exenta de muchas inconsistencias.

Nuestros legisladores tenían un supuesto firme: el entramado cultural y social de cada sociedad es un componente o variable central que podía modelar positiva o negativamente un diseño institucional. Por consiguiente, las consecuencias de un programa de reforma institucional dependían en gran medida del tipo de cultura política y del tipo de sociedad civil en el que se estableciera el proceso de reforma o de intervención política estatal. Esto es lo que sabían los legisladores. No obstante, hubo dos versiones distintas que apoyaron la importancia de la idea acerca de la ley como un constructo social y contextualmente determinado.

Por un lado un grupo que aún reconociendo la dependencia o mutua correspondencia entre la ley y la sociedad otorgaron un papel preponderante al trabajo legislativo. Sí había que tener en cuenta la sociedad, pero esto era algo que debía planearse en un recinto legislativo, la formalidad de la ley debía tener en cuenta las particularidades de la sociedad cordobesa y esa era la forma de lograr un producto legislativo de calidad. La sociedad debía ser tenida en cuenta, pero en los papeles y dentro del recinto. La regulación de la mediación debe respetar las peculiaridades a fin de no correr el riesgo de ser letra muerta, un precepto sólo con vigencia formal pero sin inserción real en el transcurrir de la vida en comunidad. (Barbosa y Magris 1999:20)

Pero la regulación legal era necesaria y fundamental para este grupo porque "en Córdoba si no está en la ley, no existe. A través de la normatividad se tiende a generar una nueva normalidad; en este juego dinámico que caracteriza al derecho, a través de la normalidad se

redefinirán los significados y alcances de la normatividad de la mediación.” (Barmat y Rivero 2001:15)

En definitiva para este grupo de actores el cambio social es un proceso, y la mediación y el derecho son instrumentos de ese cambio que debe ir adaptándose y reformulándose. “*Voy a ponerte un ejemplo de cómo funciona la cosa: yo filosóficamente estoy en contra de la ley de un cupo femenino [para la legislatura]. Lo cierto es que si no existiera, en la práctica no habría mujeres en los cargos, porque esta sociedad es machista. Si sacamos la ley de cupo hoy, mañana la próxima elección sería del 99% de hombres*”.¹⁴⁹ El mensaje es muy claro: no es posible introducir un cambio social sin una norma, por lo tanto la sociedad importa pero en los papeles y siguiendo a la ley. En definitiva esta perspectiva termina siendo muy similar a la que señalamos primero: la norma es decisiva para generar un cambio social. Sin ella no hay posibilidad de modificar un estado de la sociedad.

Por otro lado, hubo otro grupo un poco más radical respecto a la necesidad de incorporar la idea de la sociedad antes de avanzar en lo normativo y legal. Estos otros discursos fueron bastante más críticos y contundentes en cuanto a la necesidad de tener en cuenta la sociedad. Se entendía que ese modo de proceder con la legislación es uno muy propio latino -por oposición al sajón- de pensar la relación del derecho y la sociedad. “*Advierto que los latinos nos distinguimos de los sajones en nuestro concepto de la ley. Y a pesar de que soy latino y me siento orgulloso de serlo en mi sangre y costumbres, debo reconocer que los sajones actúan con más habilidad. Los latinos vemos en la ley el punto de partida de las grandes transformaciones: les atribuimos a las leyes virtudes transformativas que habitualmente no tienen. Los sajones sancionan la ley cuando a través del derecho consuetudinario las disposiciones se han incorporado ya como un hábito colectivo*.”¹⁵⁰ En definitiva para este grupo de legisladores la ley es la implementación formal de hábitos previamente arraigados en la sociedad. Entonces “*hubiese sido más lógico poner primero*

¹⁴⁹ Entrevista N° 14. Mediador abogado.

¹⁵⁰ Senador Prudencio Bustos Argañaraz Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores n° 35. Año 1997. pág. 2367.

*en funcionamiento aquellos mecanismos destinados a contribuir a la formación de un hábito cultural proclive a la mediación y después sancionar una ley que refleje la realidad que este procedimiento previo ha logrado. La incomodidad se siente respecto a aceptar que el proyecto nazca al revés: que primero nazca la ley y que después hagamos la experiencia”.*¹⁵¹

Este posicionamiento respecto a la ley y la sociedad no es exclusivo del debate legislativo. Los mediadores comparten estas ideas y el esquema es muy claro y hasta más radical para algunos: *“si cambia la sociedad, empuja al Estado. La sociedad empuja al Estado. No es al revés. Es lo que dicen los especialistas de legislación: que ellos siempre van en la cola del cambio social. Quien está creando la situación para legislar es la sociedad. Entonces ellos vienen por detrás viendo cómo van acomodando los nuevos cambios a las nuevas situaciones. La gente día a día va creando su sociedad, va creando modelos de conductas que luego se plasman en normas y leyes.”*¹⁵² Aquí si la relación ley y sociedad fuera una relación de orden, primero se ubicaría entonces el hábito cultural en la comunidad y luego la ley que traduce ese cambio que ya ha sucedido. Por eso antes de sancionar una ley que establezca pautas objetivas que regulen el instituto de la mediación, para este grupo de actores era necesario *incorporar en la sociedad de Córdoba el hábito cultural de su utilización.*

Era un punto no negociable la aceptación que la mediación requería para su funcionamiento un cambio cultural profundo en la sociedad. La consecuencia de no considerar esto sería una ley que encorsetara en un articulado lo que en la práctica no sucedería –y que en definitiva fue lo que sucedió-. Ahora bien, ¿cómo y qué proponían para crear el hábito de la mediación y así tener en cuenta la sociedad de manera que la ley no fuera sólo letra muerta? ¿De qué manera había que proceder para llegar a una ley de mediación que contuviera toda la información necesaria acerca de la sociedad? A continuación se señalan algunos de los dispositivos que esta visión propuso para destacar la importancia de los

¹⁵¹ Diputado Alberti. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1997 pág. 784.

¹⁵² Entrevista N° 13. Mediador no abogado.

modos en que la sociedad influye en el derecho. El análisis detallado nos demuestra por un lado que no era una tarea sencilla, y por otro que en realidad tampoco tenían ellos la claridad que manifestaban tener.

- *Valoración de la cultura.*

Está claro el planteo de los actores legislativos y mediadores: toda generación de una nueva legislación -en consecuencia la mediación- debe reparar en la cultura de la sociedad que esa ley va a intervenir. Pero de esta idea que parece muy clara hay que señalar algunos puntos que no son transparentes.

Los legisladores le otorgaron a la cultura un papel tan importante que sin su consideración la ley indefectiblemente fracasaría. Pero aunque era tan importante nunca estuvo definida. La idiosincrasia, los hábitos, las costumbres son las pocas palabras que encontramos en las voces de los legisladores para referirse a la cultura. Así, cultura era todo, pero semejante generalidad y vaguedad no explica más que una etiqueta que denota un conjunto de costumbres, valores, hábitos y prácticas.

Junto a la vaga y equívoca mención que se hizo de la cultura, de la necesidad de tenerla en cuenta para que la ley de mediación no fracasase, encontramos algunas pistas para agudizar la definición. En definitiva la pregunta era cómo lograr que el común de la gente se interesara por la mediación, si era algo tan “nuevo e incompatible con nuestro espíritu adversarial.” Para esto era necesario crear medios idóneos, mecanismos destinados a contribuir a la formación de hábitos culturales proclives a la mediación. Los mecanismos que se propusieron fueron de los más diversos: incentivos fiscales de concientización de los jueces, eximisión del pago previo de los aportes y de la tasa de justicia, difusión propagandística para invitar a la gente, y “todo aquello que la imaginación puede crear para lograr que la mediación se incorpore como hábito cultural.”¹⁵³ Los legisladores de la minoría encontraban que estos mecanismos eran una manera de subsanar el problema que podría generar la sanción de una ley sin el necesario marco de arraigo, y aseguraban que si hubieran tenido la posibilidad habrían primero promovido esos mecanismos de arraigo

¹⁵³ Diario de sesiones de la Cámara de Senadores N° 35

cultural y recién luego después habrían discutido la ley.¹⁵⁴ Es decir, tener en cuenta la cultura era en definitiva incorporar incentivos para la acción, para la práctica de la mediación.

La otra manera que se planteó para crear el hábito de la mediación que garantizara el éxito de la ley se expresa en esta expresión de un legislador: “*Prueben primero ustedes su experiencia y después legislen*”.¹⁵⁵ Es decir, la generación de una prueba piloto. La necesidad de la experiencia piloto se previó para que en un comienzo aportara los datos de la realidad necesarios para el apropiado funcionamiento de la ley, esa prueba daría los elementos necesarios para la instrumentación de un marco legal fidedigno y que se correspondiera con lo que la sociedad estaba demandando.

La propuesta legislativa de la experiencia piloto en las primeras discusiones legislativas estuvo orientada aparentemente a recoger lo que la realidad demanda --pero nadie advirtió que tal vez la sociedad no estaba demandando nada--.

Pero la experiencia piloto no pudo cumplir el objetivo previsto. El piloto estuvo hecho para evitar lo que finalmente sucedió. Fue una prueba de ensayo y error, explica la responsable del Centro Judicial de la ciudad de Córdoba refiriéndose a la experiencia piloto. “*Nosotros en un primer momento hicimos un cálculo de lo que podríamos tomar para cumplir nuestras funciones correctamente y que no se convirtiera en un cuello de botella que en vez de beneficiar al Poder Judicial generara un perjuicio. Calculamos cuáles eran las causales de remisión obligatoria que determinaban un número cierto de casos que ingresarían a mediación. Se determinaron las causales obligatorias -como aquellas causas que no excedieran los \$ 5000-; las de beneficio de litigar sin gastos; una causal no objetiva sino discrecional -cuando el juez por la complejidad con la naturaleza de la causa en lo decidu-. Entonces en este estudio de campo eso representaba un 56% de un turno judicial. El 56% de un turno implicaba que nosotros tuviéramos que atender aproximadamente 80*

¹⁵⁴ Ídem pág. 780 y Diario de sesiones de la Cámara de Senadores Nº 35 pág 2367.

¹⁵⁵ Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. 1997. pág 784.

audiencias diarias. Lo organicé en esos términos. ¿Qué pasa realmente en la práctica hoy? Los juicios de hasta \$ 5000 se tramitan normalmente en rebeldía. Son causas pequeñas en que las partes no comparecen, los demandados no comparecen en juicio, se arreglan extrajudicialmente mediante acuerdos privados. O si no, concluyen en rebeldía y entonces se ejecutan. Es decir que en la mayoría de estas causas no se traba la litis, condición necesaria para que nosotros intervengamos. Esto lo vas conociendo a medida que vas actuando. Con datos objetivos nos equivocamos. Podríamos recibir muchas más causas de las que habíamos previsto en un primer momento.” ¹⁵⁶ Esta prueba piloto, que se suponía debía aportar datos de la realidad para poder hacer una ley a la medida de las necesidades de las personas, no funcionó. Claro que esa información de la realidad que se obtuvo, estaba básicamente orientada hacia cuestiones de tipo institucional y de organización de la justicia, no de los hábitos de las personas. En todo caso de la cultura jurídica, pero no de los significados y representaciones de los beneficiarios del programa.

En el recinto legislativo senadores y diputados se las ingenieron para idear una forma que garantizara la apropiación de la ley pero la importancia de incluir la idea de la sociedad y su cultura en la ley, para que luego ésta no fracasara, se redujo a la introducción de incentivos para los posibles actores y a una prueba piloto. Estos fueron los mecanismos en los que se consideró “la cultura” y se pretendía así crear el hábito.

Si de la cultura dependía el éxito de la ley de mediación, las estrategias diseñadas para “tenerla en cuenta” resultaron confusas. Queda la sensación que este “tener en cuenta” en realidad implicaba considerar a la cultura como una “variable independiente” (si es que vale el concepto) en la explicación del éxito de una ley, pero si el vínculo era causal la conexión no estuvo explicada o estuvo mal orientada. Lo que faltó fue una definición explícita de la cultura así como la especificación de los aspectos concretos de la conexión que se vuelven importantes para una ley como la de la mediación. Para explicar el papel de la cultura era necesario dejar de presentarla como un supuesto y en cambio considerarla

¹⁵⁶ Idem.

como algo para ser explicado. Algo que definitivamente no encontramos en el debate legislativo ni en los mecanismos que se pusieron en marcha.¹⁵⁷

Es probable que el contexto cultural para los legisladores aporte una aparentemente inocente explicación descriptiva de las variaciones en los estilos de vida y valores, pero como dice Moore la cultura ha perdido su inocencia política (2005: 247) y a menudo su uso político puede estar orientado a una legitimación de la necesidad legal. En este sentido cuando los legisladores reconocían la necesidad de tener en cuenta la cultura en realidad no estaban diciendo mucho: poca claridad aportaba esto a la explicación de cómo pensaban los legisladores la relación entre ley y cultura.

La ley, el derecho, la política en general procede de un modo abstracto y lejano a la sociedad que va a intervenir. Pero ¿qué sucede cuándo la ley se preocupa especialmente por atender ese aspecto que en general es lo que dificulta la inserción de una reglamentación? Este parece ser el caso de la mediación. El intento de consideración de estos recaudos no resolvió la apropiación de la mediación. La necesidad de no perder de vista la sociedad, se tradujo en un relato acerca de tener en cuenta la cultura y la idiosincrasia de los argentinos. Y finalmente el no perder de vista a la sociedad, la cultura y la idiosincrasia se convirtió en un experimento en el que se concentraron todos los esfuerzos para garantizar lo más posible que cuando la mediación fuera ley, las personas se apropiaran de ella. El experimento puede haber sido necesario. Pero definitivamente no fue determinante para conseguir la inserción de la ley en la sociedad. La relación entre la ley y las prácticas sociales que ella trata de regular no puede preverse completamente ni siquiera cuando los actores se ocupan especialmente del problema. Es algo que está más allá de la discusión legislativa y la voluntad política. Como sostiene Azuela, “igual que el mapa no puede reproducir todo lo que hay en el territorio, la ley sólo puede darnos indicaciones muy generales sobre qué

¹⁵⁷ Si queremos pensar en cuáles podrían ser las características propias de nuestra cultura que influirían en la performance de la mediación, debemos buscar esta respuesta no en la voces de los legisladores sino en la de los mediadores. El problema de la cultura que hay que tener en cuenta es la litigiosidad que nos caracteriza como sociedad. Pero esto es una explicación ex post de por qué no funciona la mediación.

hacer: tenemos que conformarnos con que, si está bien hecha y sabemos leerla correctamente, puede ayudarnos a decidir cómo movernos para llegar a donde queremos, pero no puede garantizarnos que llegaremos y, mucho menos, que el lugar será como lo imaginamos.” (2006: 116)

Los legisladores que hicieron la ley de mediación creyeron poder controlar este proceso con la incorporación del problema *de la sociedad* en la agenda del debate. Pretendieron, pero en definitiva no pudieron desligarse completamente de una visión que cree en la generación de certidumbre respecto de los resultados, que los efectos no deseados pueden ser controlados desde la producción legal, y en definitiva sólo se trata de una etapa que no hay que descuidar, pero que con el debido cuidado las contingencias pueden ser eliminadas.

2. El dilema de la obligatoriedad: un atentado a la moralización.

El tema de la voluntariedad /obligatoriedad en la mediación genera profundas dudas y discrepancias entre todos los que en algún momento se han acercado a estudiar estos métodos para la resolución de conflictos. Aquí comenzaremos sosteniendo que parte del equívoco que este asunto genera es producto del problema que describimos en las páginas precedentes: casi toda producción legal tiene que afrontar una cuota de imprevisibilidad y esto es imposible de evitar. Por eso ciertos mecanismos fundamentales a la mediación, como la voluntariedad, se reconfiguran durante el proceso de implementación de la institución reglamentada.

La cuestión de la voluntariedad nos posiciona ante una pregunta sobre las posibilidades del alcance práctico o de las probabilidades empíricas de la mediación. Sin embargo a esta complicación -que en definitiva expresa los serios problemas de implementación que la institución de la mediación tiene- se le acopla otra complejidad que concierne de manera especial a la moralidad: específicamente a las sospechas que sostuvimos al inicio de esta investigación acerca de la posibilidad de *ingeniería moral de la sociedad* cuando cuestionábamos seriamente los intentos moralizadores encarados en nombre del Estado.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Ver Capítulo 1, apartado 2: *Lo moral en los programas de gobierno y la dificultad del derrotero.*

Por lo tanto, el dilema de la voluntariedad nos enfrenta a problemas que corresponden a dos planos diferentes. Por un lado, el *plano de lo operativo*; los efectos no deseados salen a la luz y en el caso de la voluntariedad la consecuencia es que lo que en la ley se planeó como voluntario tiene que manejarse como obligatorio. Por otro lado y en especial, en el *plano de lo moral*, el problema de la voluntariedad expresa la dificultad de generar valores morales por medio de un programa político y quedan cuestionados los pilares de la moralización.

El operativo y el moral son dos planos diferentes que no deberían confundirse. Especialmente porque no sería correcto a partir de las sospechas sobre la moralización juzgar de antemano la imposibilidad empírica de la mediación. En este apartado mostraremos que en realidad existen elementos para cuestionar el funcionamiento de la mediación en ambos planos, en el operativo y en el de la moral pero este cuestionamiento es válido por el carácter particular que la mediación adquiere Córdoba, es decir por su carácter moral; y estos elementos los encontramos cuando nos detenemos a explicar en detalle cómo es entendida la *voluntariedad* al interior del discurso de la mediación. Elementos de uno y otro plano de análisis se utilizan sin distinción y están completamente mezclados en el discurso de la mediación. Y este es otro de los puntos que revelan la ambigüedad como rasgo defmitorio del discurso de la mediación.

Analizando en panorama: lo que dice la ley, lo que dicen los datos y lo que dicen los mediadores acerca de la voluntariedad.

- Mediación judicial.

Recordemos primero los aspectos normativos –que definen lo operativo-. En Argentina el régimen federal vigente permite la coexistencia de distintos ordenamientos procesales en el ámbito nacional y en las provincias. Por eso en el país hay distintos regímenes para la instancia de la mediación. Mientras la ley nacional 24573 la instituye con carácter obligatorio como instancia prejurisdiccional, las provincias de Chaco y Santa Fe asignaron

carácter totalmente voluntario a este sistema para la resolución de conflictos. (Bergoglio 2004)

En Córdoba la ley provincial de mediación establece que la mediación judicial puede ser voluntaria u obligatoria. Será obligatoria cuando el caso corresponda con algunas de las siguientes categorías: que sea una contienda civil o comercial en que por el monto o complejidad del caso, o que exista un pedido de beneficio de litigar sin gasto de alguna de las partes. Pero también puede ser un requerimiento voluntario de una de las partes, sean obligatoriamente remitidas a mediación. De mediar conformidad en la otra parte, la causa se somete a mediación y se suspende el proceso judicial.¹⁵⁹ Es más, 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 como carácter excepcional. Sin embargo, este énfasis en lo voluntario queda completamente desdibujado cuando atendemos lo que sucede en la práctica. Aunque el sistema de Córdoba es mixto podemos afirmar que la mediación que funciona es la obligatoria, esto es, ni la extrajudicial ni la judicial voluntaria son las que acumulan casos. La que acumula el trabajo son las causas judiciales remitidas obligatoriamente. De todas las mediaciones judiciales sólo el 5% son voluntarias. El resto son obligatorias.¹⁶⁰ Ante estos datos no es necesaria demasiada aclaración para sostener que la mediación judicial *funciona* como obligatoria. La limitada cantidad de casos voluntarios es un problema que la ley no pudo prever.

Desde una dimensión discursiva el argumento de la obligatoriedad necesita ser justificado todo el tiempo por los encargados del programa, ya que más allá de lo que reglamentó la ley, circula un convencimiento bastante generalizado respecto que la mediación *tiene que ser voluntaria*. Es decir, el discurso de la obligatoriedad de la mediación judicial constantemente está siendo justificado, *necesita* ser justificado. Y la justificación recae en que es necesario, como sucede con cualquier innovación institucional, generar la

¹⁵⁹ 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. Ver en los anexos a este trabajo el texto completo de la Ley 8858, artículos 1, 2 y 37.

¹⁶⁰ Para el total de casos ingresados en el año 2004. Fuente: Promarc.

costumbre de la mediación. El argumento que se desarrolla indica que las personas por sí solas no tendrán motivaciones para apropiarse de la mediación por eso para lograr que se apropien de ella es imprescindible enseñarles el camino. Esto se complementa con otra idea que la mediación construye: la gente sólo responde a la coacción, si no la obligan jamás lo harían por sí mismos. Así la coacción se convierte, como sostienen varios mediadores, en la forma de educar. Confían en que de esta manera quedaría asegurada una *clientela* que sería la que luego generara la convocatoria voluntaria, ya que también suponen una transferencia de sujeto a sujeto. La obligación necesita ser justificada como un mal necesario.

La justicia, también forma parte de esta explicación, en tanto la mediación tendría que competir -en una obvia situación de desventaja- con ella por una misma *clientela*. Sin embargo parecería que la justicia es la única que cuenta con los elementos para hacer funcionar la mediación: hay que *mandar* a las personas a mediación, y los elementos para obligar hacer algo solamente los tiene un juez. Pero esto es ambiguo y contradice la crítica que la misma mediación postula sobre el papel de la justicia en la moralización.¹⁶¹ En ese momento veíamos cómo la justicia era un enemigo porque no moraliza en tanto coacciona. Al mismo tiempo, como vemos ahora, si no fuera por esa coacción no habría chance alguna ni para moralizar ni para mediar. Los argumentos se acomodan y funcionan como repertorios de explicación contradictorios ante diferentes situaciones.

Tal vez haya que conectar este argumento con el que sostuvimos en la introducción: la obligatoriedad fue sólo un punto de definición de poderes y luchas institucionales, y no una disputa por la definición de un concepto. Pero sea por el motivo que fuera, la justificación de la obligatoriedad como un elemento para ayudar al despegue de la mediación, no alcanza y las contradicciones que la obligación le imprime a la mediación salen a la vista. Los problemas se manifiestan en el reconocimiento de que cuando las partes asisten obligadas

¹⁶¹ Ver Capítulo 2.

sólo lo hacen para cumplir y evitar la multa; asisten con sus abogados y éstos siempre quieren terminar el proceso para continuar con la etapa litigiosa. Los mediadores no dejan de reconocer que ese *deber* asistir causa desde un inicio un impacto negativo en el proceso y termina por anular cualquier intento de cambio de perspectiva en las partes; y con esto se anularían las condiciones necesarias para la moralización. Aunque una frase repetida es “*no importa si vienen obligados, lo importante es que vengan*”, parece que sí importa: en su estudio sobre la mediación judicial en Córdoba, Bergoglio (2004) concluye que en la mediación judicial cuando las partes concurren voluntariamente el compromiso con la búsqueda de alternativas es más alto y la consecuencia es una mayor cantidad de número de audiencias y un proceso más largo. En cambio, los procesos donde la ley dispone de manera obligatoria la instancia, resultan más cortos¹⁶², reflejando situaciones en que alguna de las partes, disconforme con este método, se limita a concurrir a la audiencia inicial, desistiendo de la instancia completa. El argumento se complementa con el hecho que muchos de los casos obligatorios terminan sin que las partes se hayan sentado finalmente en una mesa de negociación. También los datos de esa investigación sostienen por un lado que hay más acuerdo en las causas voluntarias.¹⁶³

Otra experiencia de mediación en Argentina, la de Buenos Aires, también pensó la obligatoriedad como un rasgo temporario basta *lograr instalar* la mediación; ese plazo caducó hace muchos años, y constantemente se está prorrogando porque *si se saca la obligatoriedad se acaba la mediación*.¹⁶⁴ Esto apaga un poco las esperanzas puestas en el proceso de la obligatoriedad como etapa de prueba y transitoria. La obligatoriedad debería tal vez comenzar a ser pensada como un rasgo propio de la misma mediación.

¹⁶² La diferencia de duración es estadísticamente significativa

¹⁶³ 43,6% de acuerdo en las voluntarias contra 29,7% en las obligatorias. Por otra parte el mismo estudio muestra que los *obligados* no quedan satisfechos con el papel del mediador y de los honorarios. Bergoglio 2004.

¹⁶⁴ Entrevista N° 10. Mediador abogado.

- Mediación no judicial.

Desde el punto de vista reglamentario la mediación extrajudicial es *siempre voluntaria*: 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 o centro de mediación público o privado habilitado a tal fin. Los que estudian el tema sostienen 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 que llevan sus casos a mediación extrajudicial no lo hacen por estricta voluntad propia, sino que llegan 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. Entonces la evidencia permitiría sostener que la mediación extrajudicial es voluntaria pero sólo porque no existe una instancia judicial de por medio que disponga las partes a mediación, y no porque cada sujeto la elija como opción.

La mediación extrajudicial o no judicial también manifiesta inconsistencias en su funcionamiento ya que los casos voluntarios tampoco abundan. Es así que el programa en la misma puesta en práctica acude a una serie de mecanismos para resolver este problema. Las instituciones derivadoras se convierten en el mecanismo proveedor de casos a la mediación no judicial. Estas instituciones aunque no están previstas en el cuerpo legal para cumplir esa función son imprescindibles para que la mediación no judicial pueda abastecerse de casos. Estas instancias facilitan el tránsito de lo voluntario a lo no voluntario construyendo el tipo de sujetos previstos en la ley mediante una voluntariedad inducida. Hay que tener en cuenta que estas instituciones derivadoras sólo derivan al centro público de mediación y al centro privado de las municipalidades. Los centros privados prácticamente no tienen casos para mediar. Ellos se quejan de que entre las delegaciones del gobierno y los centros públicos y de la municipalidad se ha creado una aceptada relación

de provisión de casos para mediación y por eso los privados se encuentran en desventaja. El resultado es, como vimos en páginas anteriores, que la mediación queda concentrada en el ámbito estatal.

La voluntariedad entonces, no es espontánea, sino que es construida o facilitada por estas instancias, sin las cuales no habría casos para mediar extra-judicialmente. Los mediadores saben que los sujetos no pueden ser obligados porque esto iría en contra de la misma naturaleza de la mediación y defienden la voluntariedad desde el lugar de que siempre es mejor trabajar con una persona predispuesta, porque esa persona ya optó por una opción no litigiosa, realizó él mismo la preselección y porque esto garantiza ya casi el 50% del éxito de un proceso.

Esta falta de espontaneidad de la voluntad crea interpretaciones contradictorias, pero no es pasada por alto por los operadores del programa. No obstante en las explicaciones ellos intentan minimizar el problema y las respuestas giran alrededor de dos temas.

Por un lado la explicación en un plano discursivo recae en un argumento de casi resignación ante el problema, en donde *no se puede hacer nada ante* una persona que no quiere asistir o que se resiste a una invitación a participar. La justificación que construyen se centra en la dificultad de convocar a una *sociedad como la nuestra, en la que si no nos obligan, no hacemos nada*. El problema estaría en la sociedad y es poco lo que se puede hacer. Pero la voluntariedad es la base del programa, no existen sujetos “previamente voluntarios” dispuestos a mediar -justamente esto debería ser un logro del programa-.

Por otro lado la minimización del problema se evidencia en que aunque no dejan de aceptar que siempre es mejor la *voluntariedad*, sostienen que lo importante es que las personas lleguen a la mediación, sin importar demasiado cómo. El énfasis lo ubican en las bondades del proceso de mediación, junto a la docilidad que muestran las personas. La confianza de

los mediadores en el proceso de mediación para subsanar la falta de voluntariedad es total, al extremo de sostener que *“no importa si no saben muy bien de qué se trata. Lo importante es que vengan, una vez que los tienes sentados acá puedes lograr muchas cosas.”*¹⁶⁵ Argumentan que, no se trata de que las personas lleguen engañadas a la mediación, pero sí muchas veces las personas llegar sin estar muy al tanto de la situación pero la mayoría de las veces permanecen porque se dan cuenta que les será útil.

El principal problema de la voluntariedad se manifiesta en la llegada a la instancia de mediación. Pero continúa posteriormente al proceso en el cumplimiento del acuerdo firmado en la mesa de mediación. Aquí también la voluntariedad crea problemas que se traducen en el incumplimiento de los acuerdos. Este es un problema que los mediadores reconocen, pero encuentran una explicación cuando se enfrentan a una situación de falta de cumplimiento. En estos momentos los mediadores traen nuevamente al ruedo la justicia y explican que a la gente *lo judicial* es lo que le da seguridad y por eso la justicia como instancia institucionalizada es lo que da a la gente la garantía. *“Porque les parece que tiene que estar la figura del juez para que eso tenga legalidad. Lo importante es la institucionalización, no importa de qué tipo. La gente común, la gente de a pie, la gente que respeta lo escrito, lo que significaría tribunales, la gente no entiende mucho si está homologado o no, si el que lo atendió de camisa y corbata es el juez, es el secretario o es el ordenanza que anda con los libros llevándolos de un lado a otro.”*¹⁶⁶ Pero si se resalta tanto el problema de estar acostumbrados a responder sólo a la autoridad, entonces quedan muchas dudas sobre la probabilidad de que los acuerdos de las mesas de mediación tengan algún valor para las personas. Si sólo respondemos a la autoridad, luego ¿cuál se espera que sea el destino de los acuerdos –voluntarios y no coercitivos-?

¹⁶⁵ Entrevista N° 9. Mediador abogado.

¹⁶⁶ Entrevista N° 10. Mediador abogado.

Los mediadores, los mismos que decían que estamos acostumbrados sólo a la autoridad también dicen que los acuerdos se cumplen porque las personas le dan valor al compromiso y la palabra. Atribuyen un compromiso en las personas que entonces contradice el problema de la exclusiva respuesta a la autoridad. “*Pero además del valor de la palabra, existe el valor de la voluntad. De la voluntad sale la autoridad de la mediación para las partes. La voluntad de las partes es como la ley. Es una sentencia. Porque las partes acordaron y se comprometieron por escrito a cumplir.*”¹⁶⁷ Otros son menos románticos, y sostienen que la autoridad del acuerdo para cumplirlo en realidad reside en que es lo que más les conviene. De manera que un acuerdo se va a cumplir mientras sea beneficioso para ambas partes. Las dos caras del sentido de la autoridad funcionan en el mismo discurso. La autoridad de lo que obliga, de la formalidad de la institucionalidad junto a la autoridad de la voluntad del compromiso. Las percepciones son ambivalentes. Pero la ambigüedad no queda en un nivel de imágenes y representaciones. La práctica misma la refleja.

Ante la ambivalencia respecto a la autoridad, los mediadores crean sus estrategias para controlarla, y no todos son recursos discursivos. Existen otros mecanismos bien concretos para tratar con el problema de la voluntariedad y la falta de coerción en la etapa posterior al proceso: la figura del *seguimiento de los casos*. La mediación quiere revalorizar -más bien que las personas lo hagan- el valor de la palabra y el compromiso. No obstante, el seguimiento de los casos, es una manera de control del proceso. Por lo tanto pareciera que existen sospechas sobre la efectividad y poder de transformación de la mediación, al punto que se crean este tipo de mecanismos de control. El seguimiento de los casos consiste en citar nuevamente a las partes luego de transcurrido un tiempo. A veces hasta se elaboran cláusulas de seguimiento en las mismas actas de mediación, sobre todo en las relaciones de familia en las que, por ejemplo, una parte se compromete a pasar alimento y a cumplir un régimen de visita. El seguimiento pretende constatar y ver cuánto se cumple lo acordado, y por lo tanto perdería poder esa capacidad transformadora que el discurso de la mediación se autoatribuye.

¹⁶⁷ Entrevista N° 20. Mediadora no abogada.

Lo que el cuerpo legal no pudo determinar o prever fue que el recurso de la voluntariedad no es uno que esté allí flotando en la sociedad y que una vez que existiera la institución de la mediación, ésta sería utilizada por los actores de la sociedad. Pero el problema de la indeterminación de lo legal encontró la manera de superar los escollos en la misma práctica: en el caso de la judicial, valiéndose del recurso de la remisión obligatoria; en la no judicial asignando a algunas instituciones el papel de fuente de abastecimiento de casos. La ley de mediación termina de resolverse de una manera *creativa* en la práctica, en su misma operatividad. Y aunque se trata de algo común al proceso de producción/funcionamiento del derecho, si lo pensamos desde el proyecto moral de la mediación emergen algunas inconsistencias serias. Existe una paradoja que es inherente a la mediación y consiste en pretender crear al mismo tiempo un modelo para resolver las disputas y los sujetos que la utilicen. La mediación se preocupa porque las personas voluntariamente adopten ésta y no otra forma de resolver los conflictos. Pero estos sujetos previamente voluntarios no existen, y hay que crearlos. Tener éxito en esta tarea simultánea no es difícil, es imposible. El problema es que el contenido de la moralización se trasmite en su medio, que es el proceso mismo. Si no se asiste, no hay posibilidad de moralizar. Esa es la lógica del funcionamiento. Hasta aquí los problemas que resultan ser efectos de la indeterminación de la norma y que corresponden a un *plano operativo*. Pero el problema no acaba aquí, sino que tiene un giro más y corresponde a problemas del *plano moral*.

El problema de lo moral.

La manera en que en la práctica la mediación resuelve lo que no pudo prever desde un inicio, pone en duda los mismos pilares que propone, esto es, contradice la moralización. La mediación hace que el asunto de la coerción para su uso adquiriera dimensiones particulares porque ella pretende generar un orden basado en la obediencia voluntaria de los sujetos, pero para generarlo tiene que apelar a la *imposición*.

Retornemos la paradoja que señalamos hace un instante: la mediación 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.

Ella –la mediación- 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 social o responsabilidad social que les haga elegir voluntariamente la mediación como instancia para resolver sus conflictos. Es decir, para que los programas funcionen se necesitan personas dispuestas a llevar voluntariamente “a mediación” sus problemas.

La voluntariedad nos muestra que la moralización tiene problemas en sus supuestos, incluso antes de ponerse en marcha. Si de este plano del modelo institucional nos movemos hacia el plano del proyecto moral que el modelo de la mediación pretende constituir, encontramos problemas aún más graves. Recordemos que el contenido de ese código moral que la mediación quiere crear está basado fundamentalmente en el pilar de la autodeterminación y la responsabilidad, en el sentido de lograr que las personas sean auténticas dueñas y arquitectos de su vida y futuro.

Sólo en el escasísimo número de mediaciones requeridas voluntariamente se encontraría el recurso de la auténtica autonomía. Ahora bien, si alguien es tan autónomo como para elegir por sí mismo un medio pacífico para resolver sus problemas, y si consideramos que la autonomía es uno de los mayores logros que la mediación quiere conseguir, luego, ¿será tan improbable que esa persona no pueda prescindir de la colaboración o la intervención de un mediador para resolver su problema?

La mediación no judicial se propone que sea voluntaria. Éste es el óptimo del programa: que los sujetos acudan voluntariamente, sólo así se cumpliría el objetivo de la moralización. Pero pensando en los supuestos de este programa vemos cómo se pueden llegar a plantear

situaciones confusas. Pensemos un escenario hipotético. Los sujetos que utilizan la mediación en condiciones de estricta voluntariedad, son sujetos que deciden sobre sus opciones de vida, por lo tanto *ya* son sujetos autónomos y responsables. Luego, la mediación sería redundante en sus logros de crear en los sujetos el valor de la responsabilidad y la autonomía. Esto no sería problemático si los objetivos de la mediación fueran resolver los problemas de las personas. En ese caso, sí la mediación aportaría algo más a estos sujetos *ya* autónomos y responsables, *ya morales*. Pero vimos que el objetivo último y fundamental de la mediación es generar responsabilidad y autodeterminación. Luego, lo estarían generando pero en sujetos que ya tendrían estas condiciones.

Siguiendo esta lógica, casi absurda, la mediación cumpliría su cometido si generara responsabilidad y autodeterminación en los sujetos "que no la tienen", pero si no la tienen tampoco acuden a la mediación. Claro que también podemos pensar que estos sujetos que no van son unos sujetos completamente *autoderminados*, y que justamente su elección radica en el punto de decidir no participar. Pero no es este el tipo de autodeterminación que quiere lograr la mediación. El problema reside en la moral, y en la autodeterminación y responsabilidad como su contenido. El problema está en la moralización.

De todas maneras sabemos que la mediación voluntaria es la menos importante en términos de casos, y que se compensa con una inducción de casos. ¿Ahora, cuál es el papel que juega la autodeterminación en estos casos? A estos sujetos se les niega la posibilidad de elegir, pero se proclama la posibilidad de que elijan por sí mismos la manera en que resolverán los conflictos. Esto es problemático, a menos que se puedan pensar diferentes grados y cualidades de autodeterminación. Seguramente las situaciones que acabamos de describir son posiciones exageradas. No obstante ilustran las complejidades de la moralización.

En definitiva lo que los actores responsables del programa ven como un problema de falta de difusión del mismo, en realidad es un problema más profundo que corresponde por un lado a la imposibilidad de prever todo desde la norma, pero más profundamente a la

imposibilidad de la moralización, sobre todo si se la entiende como autodeterminación y responsabilidad.

3. El lugar del derecho.

La mediación por definición pretende separarse del derecho y la justicia. Como dijimos en otro momento, en el modelo de Córdoba, esta diferencia constituye un rasgo identitario: la mediación no imparte justicia ni tampoco lo pretende y se vale de técnicas que apelan al sentido común y la vida cotidiana para resolver los problemas de las personas. Sin embargo, esta fundamental separación no exime a la mediación de quedar involucrada o de enfrentar problemas de derecho, la ley, la justicia; especialmente cuando algún delito o acción fuera de la ley llega por algún motivo a ser tema de discusión en la mesa de mediación. La claridad inicial de la relación que la mediación dice tener con el derecho y la ley se desdibuja en la práctica y queda ambiguamente librada al criterio de los mediadores que en un momento determinado estén tratando cada caso. En este apartado exploramos en profundidad qué sucede en estos casos para así entender cuál es el *real* papel que el derecho ocupa en la mediación y a qué problemas éste la orilla.

La omnipresencia y ubicuidad del derecho.

En el momento de la discusión de la ley de mediación en la legislatura hubo algunos intentos, que aunque no tuvieron la fuerza necesaria para marcar el rumbo definitivo de la institución que se estaba creando, fundamentaban la imposibilidad de pensar el conflicto desde un ámbito diferente y separado del derecho. *“No se concibe la resolución de un conflicto, donde por lógica hay intereses contrapuestos, sin sumergirse en el derecho. La gente vive normalmente conforme al derecho, cumple normas a cada paso, pero toma conciencia de ello cuando aparece el conflicto. El derecho no es algo que a veces se utilice y otras no, el derecho cubre todos los ámbitos de la vida y es condición esencial para la*

existencia de la sociedad.” ¹⁶⁸ Hoy todavía se escuchan argumentos como éste, que críticamente expresan las *aberraciones* que la mediación comete al no aceptar que todo conflicto tiene necesariamente un trasfondo jurídico, y por ende, ni el mediador, ni la mediación pueden estar ajenos a esto. Por eso no pueden si quiera imaginarse la existencia de una mediación no judicial. Desde esta posición muchos críticos postulan que en la mediación judicial el tribunal o juez de la causa se reserva el derecho de analizar la legalidad del acuerdo de la mediación -que estén compuestos los intereses de las partes, que no se violen garantías de orden público en el acuerdo-. Pero la mediación extrajudicial no garantiza este punto: *“aunque un problema no haya llegado a tribunales las normas de orden público así como el interés jurídico de las partes necesitan realmente estar garantizados, y esto sólo podrían hacerlo quienes manejan los conceptos técnicos del derecho, o sea lo abogados”.* ¹⁶⁹

La ley finalmente resolvió por otro lado: no por el de la generalidad del derecho. En primer lugar, al habilitar a mediadores de profesión diferente a la abogacía otorgó al derecho un papel completamente secundario en la mediación. Pero más allá del texto legal, porque el criterio para llevar adelante la resolución de los conflictos no es el del derecho sino el de los sentimientos y la vida.

No obstante el derecho se introduce de manera casi inevitable en la mediación, y ese lugar que ocupa es diferente según se trate de mediación judicial o no judicial.

El derecho en la mediación judicial.

La mediación judicial pretende no regirse por el derecho, ya vimos que ella no imparte justicia. A esto se está refiriendo la ley cuando indica que la mediación aboga por la satisfactoria (y no justa) composición de intereses. Pero el alejamiento del derecho en la

¹⁶⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Córdoba. N° 35. Tomo IV. Pág. 2358.

¹⁶⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1997. Pág 783.

judicial es relativo. En primer lugar porque ella se desarrolla en el espacio físico de los tribunales y de esta manera se mantiene encuadrada en las formas de organización de la justicia. Pero además, por algunas características de la mediación judicial como por ejemplo el que esté supervisada por funcionarios judiciales, o la obligación de que al menos uno de los dos mediadores sea de profesión abogado. Estos aspectos relativizan la separación del derecho. Pero existe otro rasgo aún más importante todavía: en caso que surja un acuerdo éste necesariamente debe ser legitimado por un juez, y allí el juez actúa como juez, no como mediador, sino siguiendo principios formales del derecho. Por lo tanto, no homologará un acuerdo que contradiga al menos en algún punto al derecho. En estos casos el Estado no pierde su papel de control –vía poder judicial- porque ese acuerdo de mediación podrá ser ejecutado en tanto tiene el mismo carácter que una sentencia judicial. Es decir, aunque el proceso de mediación judicial se desarrolle con técnicas diferentes al derecho, la última instancia del proceso –la homologación del acuerdo- es formal y judicial.

La mediación judicial entonces crea un espacio para que pugnen dos modelos diferentes, el de la mediación -construido a partir de la insistencia en la comunicación y los sentimientos-; y el del derecho. Los mediadores no abogados intentan sin éxito imponer la lógica de la mediación por sobre la del derecho y que éste sea el modelo que organice en cada caso particular la resolución del problema. Pero estos mediadores luchan, en el ámbito judicial, una pelea que de antemano está perdida. Aún así, los abogados que acompañan a sus clientes a estas mediaciones no quedan conformes con el papel que el derecho juega en la mediación y desearían que éste fuera el criterio único. El derecho es uno de los elementos que condiciona la moralización en la mediación judicial porque no permite un corrimiento completo del canon jurídico; y como ya vimos, para el discurso de la mediación, la moralización, para ser, justamente necesita excluir al derecho (porque el derecho es lo que se opone a los valores de la moral que la mediación quiere constituir).

Es necesario considerar otro elemento más que limita el proyecto moralizador en la mediación judicial. Las personas pueden acudir con o sin sus abogados, esto es opcional y lo decide cada sujeto. En general la gente opta por la primera de las opciones porque ya ha tratado su caso previamente con un abogado, de hecho la causa ya ha sido judicializada. Si

asisten a la mediación con representación legal, es decir, acompañados por su abogado. el rol del profesional se limita a controlar que la mediación no se salga de los carriles que a su cliente favorecerían. Aunque sólo pueda estar como asesor de la parte, ya que no puede inmiscuirse en las decisiones que se tomen, todos reconocen que a la gente le da tranquilidad saber que su abogado está allí.

Sin embargo se generan situaciones ambiguas en las mediaciones con presencia de abogados. Por un lado, los abogados de las partes (no los abogados mediadores) sostienen que a las personas no les gusta hablar, se sienten inhibidos y prefieren dejarles ese lugar a sus representantes legales, lo cual es esperable ya que para eso optaron por una vía judicial y contrataron a un profesional del derecho. Es esa falta de deseo o necesidad de hablar de la gente en la que los abogados tradicionales (los que acuden como representantes legales a las mediaciones) basan el argumento de por qué la gente en general rehúye a la mediación.

Por otra parte, los mediadores durante todo el proceso de mediación se esfuerzan por revertir esta situación y ubican en la figura del abogado uno de los primeros y más problemáticos escollos de la mediación judicial: *“los mediadores todo el tiempo tenemos que estar poniendo en su lugar a los abogados para que dejen que la mediación se desarrolle como mediación y no como un trámite en oficina tribunalicia, el esfuerzo que hacemos para lograr una actitud colaborativa de parte de ellos es enorme”*.¹⁷⁰ El problema es el descreimiento que los abogados tienen en cuanto al procedimiento. El proceso de mediación entonces se convierte en una puja por imponer una forma de llevar adelante el conflicto: la de los abogados y la de los mediadores. El resultado es que terminan haciendo acuerdos basados en la negociación de intereses, no de posiciones como lo pretende la mediación. Además, los acuerdos en general los propone uno de los abogados litigantes y el otro lo responde hasta llegar a un consenso. La posibilidad de generar un acuerdo rápido es la única ventaja que los abogados encuentran en la mediación. Claro que esto elimina la posibilidad de basar el proceso en los sentimientos y emociones y de lograr la comunicación entre las partes que persigue la mediación, luego entonces se desvirtúa la

¹⁷⁰ Entrevista N° 19 Mediador no abogado.

posibilidad de la moralización en los términos planteados por el discurso mismo de la mediación.

El problema de la moralización en la judicial es más profundo todavía cuando a la mediación asisten los representantes jurídicos y no las partes. Esto sucede especialmente en los casos en que alguna de las partes tiene personería jurídica. En esos casos es común que se enfrente el representante legal de una empresa con una persona damnificada. Allí es el esfuerzo de los mediadores por lograr que una parte pida disculpas a la otra y afloren los sentimientos es mucho más grande y mucho menos probable que suceda.

El derecho en la extrajudicial.

El derecho se implica de manera diferente en la mediación no judicial. En estos casos la no obligatoriedad de la homologación de los acuerdos, la posibilidad de que ambos mediadores tengan una profesión diferente a la de abogado y la inexistencia de una causa judicial abierta condicionan de manera distinta el manejo del derecho. El ámbito de lo no judicial permite ver de una manera más clara cómo el derecho deja de ser el modo exclusivo para organizar la vida de las personas, sus problemas y conflictos. Y no es una cuestión de menor importancia que esto suceda en el ámbito del mismo Estado. El problema adquiere visos particulares en dos dimensiones en las cuales el Estado es permeable a criterios diferentes respecto al modo y a la autoridad para decidir acerca de los problemas de las personas.

Por un lado, en la mediación no judicial pública -esto es, en los centros estatales- el Estado como el ámbito tradicional garante de la administración formal de justicia cede algo de esto

cuando asiente la incorporación de nuevos operadores de los conflictos y de nuevas modalidades –ambos distintos a los judiciales-. Aunque el ámbito en el que se tratan los conflictos de las personas sigue siendo estatal el procedimiento incorpora rasgos diferentes a los tradicionales. Esto es fundamental porque en estos procedimientos de mediación, el Estado es corresponsable de los acuerdos que se obtengan con estos criterios diferentes al legal formal. En este sentido estaríamos en presencia de una transformación al interior mismo del Estado, se incorporan nuevos operadores y nuevos modos.

Por otro lado, la otra dimensión en donde queda clara la permeabilidad del Estado es en el caso de los centros privados. Más allá de que en la práctica estos centros casi no reciban casos para mediar, respetando el plan organizacional de la mediación, aquí el Estado ha cedido por completo su papel para dejárselo a estos operadores privados. La coordinación de estos centros sigue dependiendo del ámbito estatal, pero eso no quiere decir que el Estado sea corresponsable de los acuerdos que se logren en las medicaciones privadas. Más bien el ámbito privado obtiene una licencia para intervenir sobre los problemas de las personas, y esa licencia es otorgada por el mismo Estado. Y no existe ninguna mecanismo – al menos previsto normativamente- para que el Estado luego pueda corroborar o controlar esos supuestos acuerdos.

De esta manera en la mediación privada el Estado compartiría con actores privados la autoridad para intervenir en los conflictos que las personas tengan. El Estado cede así espacio a otros operadores distintos a él. En la práctica esto termina no sucediendo, pero sólo porque la mediación privada no tiene mediaciones que atender, no porque no esté así diseñado desde el modelo organizacional de la mediación. Es decir, que no suceda es una consecuencia no esperada de la puesta en práctica de la ley, no un punto explícitamente diseñado en ese sentido.

No todo es mediable: una máxima de la mediación.

Al preguntarnos por el derecho en la mediación es necesario recordar que “no todo es mediable”, y ésta es una máxima de la mediación. Es una frase muy recurrida por los operadores de la mediación, y funciona como un escudo para defenderse ante diversas críticas. De todas maneras, no deja de ser cierto que no todo es mediable. Según la ley, a la mediación sólo le competen los “derechos disponibles”, es decir, aquellos de los que las personas pueden disponer arbitrariamente. *“Esto es un principio rector del derecho que comprende la potestad de poder renunciar a todo lo que uno tiene. Pero hay otro tipo de derechos, los indisponibles que son sobre los cuales una persona no es libre de decidir sino que le compete exclusivamente a la justicia resolver en torno a ellos. Los derechos indisponibles quedan fuera de la mediación.”*¹⁷¹

Los mediadores repiten esto como una lección que aprendieron, pero eso no significa un real conocimiento acerca de los alcances de esta máxima. Es como una lección que memorizan, pero probablemente no tengan muy claro las implicaciones. Por eso no sería completamente imposible que algún que otro caso –de los que corresponden a los *derechos indisponibles*- se filtrara en la mediación, especialmente en la no judicial. Consideremos como ejemplo un caso en el que los dos mediadores tienen una profesión diferente a la de abogados, de manera que no tienen por qué conocer en detallan ni los códigos ni las leyes. Así, por desconocimiento podría generarse un acuerdo contrario a la ley o que vulnere algún derecho de alguna de las personas. Por supuesto las partes estarían menos al tanto todavía que los mediadores de esta situación. ¿Qué sucede en estos casos? Perfectamente podría suceder que el Estado estuviera avalando acuerdos contrarios a la ley. Esto también es factible que suceda en la mediación privada, pero ya en esos casos el Estado pierde su capacidad de controlar los acuerdos que allí se firmen.

¹⁷¹ Entrevista N° 7. Mediador abogado.

Pero en la no judicial desarrollada en el ámbito estatal este punto tiene connotaciones particulares porque estos posibles acuerdos fuera de la ley se establecen *dentro* del Estado mismo. Ante esto los mediadores argumentan que existen controles, sanciones y filtros para impedir que eso suceda. En ese caso sostienen que un acuerdo no judicial que vulnere la ley y pretenda ser homologado no pasaría *el ojo de ningún juez*. Pero ¿qué sucede con los acuerdos que no se homologan? En esos casos el argumento de los mediadores indica que como son acuerdos no homologados, no tienen fuerza de sentencia y en consecuencia nadie está obligado a cumplirlo: por eso –creen- el *daño* no sería tan grave.

No resulta sólida la explicación que la mediación tiene para evitar problemas con el derecho. La mediación no cuenta con un mecanismo concreto y firme que efectivamente *filtre* aquello que no puede mediar. En lugar de haber claros mecanismos de control, lo que se espera es que si se medió algo que no era mediable, finalmente en alguna de las etapas del proceso salga a la vista, y si no lo hiciese, dado que no es algo obligatorio de cumplir, el problema no sería tan grave. Cuando los mediadores no se dan cuenta y se filtra algún caso se generan situaciones extremadamente desprolijas.

En otras oportunidades, los mediadores sí alcanzan a percibir que se ha filtrado algún caso no mediable. Cuando en el medio de la mediación no judicial aparece algún tipo de conducta fuera de la ley y los mediadores lo advierten también se crean situaciones difíciles. En situaciones extremas, como el abuso de menores, los mediadores están obligados a presentar demandas judiciales y por supuesto la mediación no continúa. Pero en casos de delitos menores, aunque se levante la mediación, los mediadores no pueden iniciar ningún tipo de denuncia del caso porque todo debe quedar en el ámbito de la confidencialidad. Se trata de situaciones que ocurren muy ocasionalmente, sin embargo no deja de constituir un problema serio porque no existen los mecanismos al interior de la mediación para hacerle frente a estos problemas. Más bien sí existen, pero los mecanismos contrarios, esto es, para no develar un conducta fuera de la ley como es el principio de la confidencialidad.

Consideremos un caso mediado en el centro privado de mediación que funciona en el ámbito de la municipalidad, es decir, en un ámbito estatal. *“Cuando tomamos el caso tratamos de hacerles ver a las partes que ahí había un delito. Pero esa vez tuvimos un problema con una usurpación. Un hombre con cinco hijos y sin lugar donde vivir encontró una casa desocupada y la habitó. Uno trata de entender en este tipo de casos... Rosales [el dueño de la casa] era un tipo fantástico, Solís [el usurpador] también, pero una cosa es la actitud y otra los hechos... Ya habían pasado por la justicia, estaba hecha la denuncia de usurpación, hacia cuatro años que Rosales traía en este problema. Ya la justicia había corroborado que era una usurpación, con lo cual a Solís le pintaron los dedos¹⁷², pero ¿qué pasaba con la cuestión social de los cinco niños. ¿Qué hicimos nosotros en el centro de mediación? El hecho de que tengas una, cinco o diez casas no importa. Esto es un delito. Salimos a decir a la prensa lo habíamos hecho, tratamos de reforzar lo que hicimos desde el centro de mediación en la municipalidad, porque personalmente me parece que tribunales no actuó bien: ¿por qué? Porque la justicia hizo el acta de desalojo en abril, Solís [el usurpador] no la cumplió, pero no la cumplió, porque tiene cinco hijos, porque le da pena sacarlos, y la justicia lo dejó pasar hasta que se le ocurrió ejecutarla el 20 de diciembre. Hay algo entonces que no funciona: o la hace cumplir desde el inicio o bien deja pasar la Navidad. O la hace cumplir el 20 de abril, que me parece bárbaro que hubiera sido así porque la sentencia está para cumplirla, pero no la puedes hacer cumplir el 20 de diciembre. ¿Qué hacemos con los chicos? Ahí fue cuando Rosales [el dueño] dijo que se las prestaba. Pero yo lo tenía que obligar a Rosales, que había esperado cuatro años, más la sentencia, le tenía que pedir que le prestara la casa, y entonces todo ese delito quedaba sin efecto. Si quiere sacarlo, ahora va a tener que volver a empezar un juicio, en este caso de desalojo. Ahora se está desarrollando el juicio, mientras tanto Solís le paga un alquiler a Rosales. Además Rosales no puede cobrar alquiler porque esas casas son de interés social. Pero a su vez esa casa la podría tener Rosales porque le pertenece, y está pagando alquiler en otro lado. No vamos a hacer un contrato de alquiler porque no se puede pero, entendamos que esta persona de alguna manera tiene que resarcir lo que está haciendo. Está usurpando porque ya tenía trabajo,*

¹⁷² La expresión pintar los dedos se utiliza para expresar que alguien tiene antecedentes penales.

un almacén. No se iba pero tampoco quería hacerle mal a Rosales. Se arregló que le pagara todos los impuestos de la casa. Al menos no le genera un gasto. Cuando Rosales obtenga su casa de nuevo va a tener una casa sin gastos. Rosales tenía miedo de que no se la dieran a la casa pues por haber cobrado algo de alquiler. Pero que pague los impuestos dije. Se hizo muy público este caso porque los vecinos el día del desalojo hicieron piquete en la puerta de la casa para evitarlo. En la prensa reforzamos que no es que estamos avalando la usurpación. Sino que el señor Rosales, atento a la situación, ha concedido. Pero no es que la municipalidad esté diciendo que esto es una manera posible. Al contrario, esto es un delito, y se debe penar. Y el señor Rosales porque quiere, porque es bueno, le ha prestado la casa hasta que a Solís le den otra. No es que esté perdonando el delito ni tampoco se insta a que una persona que tienen cinco hijos usurpe una casa. No, porque en los vagones hay ocho mil familias que viven con chicos y no usurpan. Además van presos, es un delito".¹⁷³

En el análisis de la manifestación del derecho en la mediación encontramos el mismo malestar que encontrábamos con la justicia construida como enemigo de la moralización. El discurso de la mediación le cuestiona al derecho no pueda entender que la navidad no es momento oportuno para hacer *justicia*. Así como tampoco puede entender "al hermano que toda la vida se ocupó de cuidar a sus padres, mientras sus hermanos no lo hacían. La justicia les daría a todos y cada uno de los hermanos una porción equivalente de los bienes de los padres. Pero la mediación, ve lo que la justicia no ve: nadie en la justicia lo va a escuchar sobre todas las noches que pasó cuidando a los padres enfermos. La justicia nunca reconocería eso." ¿La pregunta es: no se supone que eso debe hacer la justicia? El malestar con la justicia es evidente también en este caso.

La relación del derecho con la mediación es ambigua. En ella encontramos un círculo de juridificación/des-juridificación de un ámbito social. Es un proceso de juridificación de un ámbito social porque se crea una ley para administrar un campo que no estaba

¹⁷³ Entrevista N° 12. Coordinadora del Centro de Mediación Privada de la Municipalidad de Villa María. Se trata de un caso real, al que se le han modificado los nombres de las partes en conflicto.

administrado por el derecho -al menos en la mediación no judicial-, pero al mismo tiempo esa ley es para des-juridificar, esto es, para incorporar criterios diferentes a los jurídicos. En el caso de la mediación judicial, se pasa de una situación que era exclusivamente jurídica, a una pseudo jurídica porque se incorporan nuevos agentes y nuevos métodos y criterios de trabajo, que si bien no se alejan del derecho ni lo contradicen, no son los mismos.

En la extrajudicial sucede algo distinto. El cambio es de una situación en que la que no había regulación alguna y en la que la juridificación es a favor de una *des-juridificación* del tema: tanto en los privados como en el mismo Estado. Los rasgos más importantes de esta des-juridificación son la incorporación de personas de profesión distinta al derecho al campo de resolución de los conflictos y de criterios basados en los sentimientos y las emociones antes que en la formalidad de la ley.

En este capítulo desarrollamos tres dimensiones problemáticas del proyecto de mediación. Ahora falta preguntarnos si estas inconsistencias obedecen al inevitable problema de las consecuencias no previstas en la producción de la ley de mediación. La importancia de responder esta pregunta reside en si podrían haberse evitado o no. Si todas las inconsistencias pueden ubicarse en ese esquema de explicación, luego nos queda la sensación de que la mediación no podría haber evitado esos escollos. Probablemente el problema de los mecanismos y opciones seleccionados desde un inicio para que la ley de mediación fuera una que *realmente* incorporara los rasgos de la sociedad, pueda atribuirse al argumento de la imposibilidad de determinar todos los efectos de una institución como la mediación. Y la consecuencia más grave de este problema es que la mediación no ha logrado instalarse como instancia para que las personas resuelvan sus conflictos.

Pero el problema paradójico entre lo voluntario y lo obligatorio, así como los dilemas que el derecho le imprime a la mediación, no sólo son manifestaciones de efectos no deseados de la ley de mediación. Estas inconsistencias más bien corresponden en primer lugar al propósito y fundamento de la mediación, esto es, al proyecto de moralización.

UNA MANERA DE CONCLUIR.

Desde un inicio manifestamos en este trabajo una preocupación por entender un proyecto de moralización de la sociedad -desarrollado en el marco del Estado y referido al manejo del conflicto entre personas-. Uno de los propósitos fundamentales que planteamos era entender en qué consistía esa moral que hoy desde el Estado cordobés un grupo de actores está queriendo instituir a partir de una incursión en la forma en que las personas tratan y resuelven sus conflictos.

Encontramos que esa moral que la mediación busca generar está definida principalmente en torno al valor de la autodeterminación y al de la responsabilidad, ambos fundados sobre una mirada pastoralista que insiste en la necesidad de proteger a la sociedad de las temibles consecuencias que significaría no alterar el *normal* curso de la forma en que las personas encararan el conflicto.

Una vez que encontramos los elementos más importantes que en definitiva describen el modelo de sociedad, y especialmente de sujetos sociales que la mediación cordobesa pretende constituir, podemos entonces articular esa definición con una idea sobre el concepto de Estado que se pone en juego y delimita en semejante tarea. La decisión de estudiar un proyecto moral nos posicionó en frente de una pregunta acerca del tipo de Estado que va delimitándose -más bien que *intenta* ser delimitado y definido- en este tipo de intervenciones del gobierno en la sociedad. Fue fundamental, planteamos desde un comienzo, repensar el concepto mismo de Estado y así el proyecto de moralización desarrollado en la mediación era un buen punto de entrada a estas definiciones, pues nos estaba presentando una particular forma de relación entre las instituciones estatales y sus actores, así como con otro tipo de actores de la sociedad; es decir, el contenido moral de la mediación nos llevó a considerar algunas modalidades de la relación y del límite entre el Estado y el no Estado, entre los actores estatales y los no estatales, entre la agenda del

Estado y la no agenda del Estado. Especialmente abordamos el concepto de Estado desde la definición que algunos actores intentan instalar.

La vía que consideramos más adecuada para llegar al fondo del problema que nos estábamos planteando, fue desentendernos de una tradicional manera de entender al Estado como un sistema institucional lógico, coherente y homogéneo, y atender en cambio el estudio de los actores, sus prácticas y representaciones. De esta manera, la perspectiva de análisis nos permitió encontrar los intersticios, las ambigüedades y contradicciones de este proyecto político. La diversidad de prácticas, así como las contradicciones en las representaciones rodean a la mediación de un entorno fuertemente marcado por la ambivalencia. No obstante, la mediación forma una arena en la que se pone a competir una definición del Estado. No podemos decir ni que lo logre, ni que sea la única. Pero sí que ella implica una disputa por definir un concepto de Estado. No es *el* Estado sino sólo una conceptualización en juego.

En estas páginas queremos subrayar algunos de los temas más importantes que quedan luego de haber llegado hasta lo más hondo de este proyecto de moralización social desplegado con la mediación.

1. La moralización, el sino de la mediación.

Luego de haber reconstruido el contenido moral del programa de mediación, estamos en condiciones de esbozar algunos argumentos que aporten en la explicación de por qué la mediación no tiene en Córdoba el éxito que pretendería tener y termina siendo uno de los tantos programas deficientes e ineficaces que el gobierno pone en marcha. Sostenemos que el mayor problema de la mediación reside justamente en su identidad, en sus fundamentos y objetivos, esto es, en la moralización. La pretensión de desplegar junto con este programa de resolución de conflictos un proyecto de moralización social es lo que llena de paradojas, inconsistencias y ambigüedades a la mediación.

Inicialmente habíamos cuestionado la moralización como proyecto político, como proyecto de ingeniería social desde un punto de vista teórico. En ese momento sosteníamos que gran

parte de la explicación de la imposibilidad o dificultad de estas iniciativas se encuentra en que -por lo general- la mirada que intenta instalar se presume investida de objetividad; pero justamente por eso no puede hacer coincidir sus objetivos con los modos y formas propias de los grupos sociales. La elusión a tener en cuenta las diversas maneras de ser de la sociedad llena de inconvenientes los intentos moralizadores y los orilla al fracaso.

Luego del análisis que realizamos tenemos además argumentos empíricos para mostrar cómo es que un proyecto de moralización, particularmente *este* proyecto de moralización resulta completamente frágil. La moralización que desenvuelve la mediación es imposible que llegue a constituir un proyecto sólido porque parte de unos supuestos que la hacen inconsistente y paradójica, y esto pudimos percibirlo con un análisis de las prácticas de mediación. Una de las inconsistencias más importantes reside en el dilema *voluntariedad y/o obligatoriedad*, el cual crea un conflicto con el valor de la autodeterminación y el de la responsabilidad, pilares de la moralidad que la mediación quiere generar. La falta de mediaciones espontáneamente voluntarias hace que las mediaciones terminen siendo *inducidamente voluntarias* o directamente obligatorias. La manera en que se resuelve este problema termina generando un contexto que por definición es contradictorio a los valores de la moral que la mediación quiere generar.

Por otra parte, la inevitable manera en que el derecho se hace presente al interior del proceso de mediación es otro escollo que la moralización le imprime a la mediación. Vimos que el fundamento moral de la mediación lleva a definir al derecho y la justicia como un impedimento para la consolidación de un nuevo modo de resolver los conflictos y en consecuencia como un obstáculo para la moralización misma. Y el derecho no sería un problema, no crearía contradicciones al interior de la mediación si ella no tratara constantemente de desprenderse de él como si fuera un lastre. El problema no es el derecho en sí, o la justicia; sino la definición que la mediación construye sobre ellos para postular su idea moral. Aunque insistente y recurrentemente la mediación quiera separarse de la formalidad con la que el derecho resuelve los problemas de las personas, no lo consigue del todo, y esto porque el derecho se cuele necesariamente en la mediación, especialmente a través de los actores, y cuando esto sucede se eliminan las posibilidades de crear el

contexto que la mediación define como imprescindible y elemental para la moralización. Al mismo tiempo la mediación mantiene una relación de ambigüedad con el derecho; porque si bien lo considera como el enemigo de la moralización, luego ante la falta de *voluntariedad espontánea* termina recurriendo a él y a sus mecanismos coercitivos para generar los casos que la mediación por sí misma no puede.

El problema de la mediación reside en la moralización, no en los efectos no deseados o en la indeterminación del derecho o en la forma de hacerse la ley. El problema de la mediación yace en los propósitos que se plantea más allá de la ley. El dilema de la mediación no necesariamente reside en la ley. Al estudiar el proyecto moralizador de la mediación, especialmente las prácticas de la mediación, podemos sostener que la ley no es el mayor problema de la mediación, más bien el *sino* de la mediación es la moralización.

Si algo de esta compleja situación puede ser atribuido a la ley, es que probablemente ella deja demasiados baches que luego son *llenados* en la práctica de la mediación. Y así toma forma el fundamento moral de la mediación. El modo en que se van completando estos espacios en blanco que la ley podría estar dejando, aunque tiene una cuota de contingencia también tiene una de arbitrariedad especialmente definida por la coyuntura de actores y de situaciones institucionales de ese momento en particular.

Ahora bien, sostener con estos argumentos la inviabilidad de la moralización no nos habilita para afirmar con certeza que es por ese motivo que la mediación no tiene un desempeño exitoso, es decir, no nos habilita a sostener que es por eso que la mediación en Córdoba no es utilizada como se esperaría.¹⁷⁴ Tampoco nos lleva a redimir a la ley de mediación como una buena ley. Responder a esto sería responder por qué la mediación (no la moralización) no es viable, o es sumamente difícil ponerla en práctica. Pero no es este un tema que podamos resolver con el análisis de esta investigación. Sí podríamos especular algunas respuestas y pensar qué sucedería con la mediación más allá de la moralización.

¹⁷⁴ En definitiva podría ser que los casos existieran en abundancia y sólo fuera una instancia para resolver conflictos y nada más -sin que importe si se logra o no la moralización, aspecto además imposible de determinar-.

Los elementos para entender *qué habría que hacer* o cuál sería el mejor camino para que la mediación funcione sólo como una instancia para resolver conflictos excede sin dudas el marco de este estudio; no obstante en ese caso habría que considerar y ponderar de una manera diferente algunos elementos y argumentos relativos a la técnica legislativa que no consideramos profundamente en el estudio de la moralización de la mediación. En ese caso deberíamos analizar con mayor detenimiento el aspecto legal de la mediación (por ejemplo habría que indagar de manera más firme el rasgo de la indeterminación del derecho y el problema de los trasplantes legales). No podemos afirmarlo con los argumentos aquí trabajados; tampoco era nuestro objetivo. Pero seguramente podemos pensar que si a la mediación la *limpiáramos* de su proyecto moralizador, y sólo asignáramos a ella la tarea de componer problemas entre las personas, no se generarían muchas de las paradojas e inconsistencias que encontramos al estudiar la *moralización* de la mediación. Si se suprime de la mediación el proyecto moralizador muchas de sus inconsistencias se desvanecerían. En ese caso lógicamente los objetivos y fundamentos serían de otra índole, probablemente se limitarían a resolver el atasco del trabajo del sistema judicial. Y estaríamos en frente a otros problemas.

Pero si a la mediación le quitamos el proyecto moral, ya no podríamos hablar del caso de Córdoba sin dejar de lado uno de sus rasgos esenciales. La mediación en Córdoba es mediación para moralizar, al menos así se constituyó el supuesto para desarrollar esta investigación.

¿Qué podemos imaginar respecto al por qué la mediación se mantiene en esos carriles más allá de los contundentes fracasos y tropiezos? ¿A quién le interesa que la moralización se intente de todas maneras y en esos términos? ¿Por qué seguir sosteniendo un proyecto como éste? Es en este punto donde se vuelve relevante la definición del Estado que se juega en la mediación. Es allí donde podemos encontrar algunas pistas para entender la persistencia y la insistencia en la implementación de un proyecto de moralización. Cómo es ese Estado que puede percibirse en las prácticas de la mediación así como en la idea de Estado que los actores tienen, en qué contexto entender este intento de definición, con qué consecuencias sociales, son algunos de los puntos con los que intentaremos cerrar este estudio.

La interpretación que sostendremos es que en el proyecto de mediación, en los argumentos que se usan para justificarla, y en las prácticas y en los aspectos organizacionales se gesta una idea y una forma de Estado que es congruente con un proyecto neoliberal definido por la lógica del mercado. En este contexto de explicación puede verse claramente cómo el área del manejo del conflicto se ensambla como una pieza sensible a esta definición de Estado y al mismo tiempo contribuyen a dar forma a esta definición que intenta instalarse, por un lado el tipo de sociedad y de sujetos sociales que la mediación quiere conseguir y por otro la definición de justicia que la mediación configura. Desde luego —y repetimos— es una idea de Estado en competencia, que trata de imponerse —en el ámbito concreto de la resolución de conflictos— mediante instrumentos y prácticas concretas, pero es parte de un proceso, de una disputa por la definición del Estado en general.

2. El manejo del conflicto como un ámbito de desdibujamiento de lo público a favor de lo privado.

La mediación institucionaliza el conflicto dentro de una concepción particular del orden social. Quiere conseguir que las personas tomen conciencia de sus conflictos como problemas que requieren solución; y que las consecuencias de no resolverlos —así como las maneras a las que están acostumbradas a recurrir para tratar sus asuntos— dejan secuelas demasiado graves en el tejido social. Al mismo tiempo, para un tipo de disputas, la mediación transforma en relaciones interpersonales lo que por siempre fueron relaciones legales y de derecho; y para otro tipo de disputas —que hasta ahora no habían requerido intromisión externa— instala la necesidad de hacerles pensar a las personas que necesitan intervención externa y que además esa injerencia puede ser estatal.

Hofritcher analiza la creación de métodos para la resolución de conflictos como parte de un fenómeno de despolitización. Y explica que aunque en la mediación el Estado se expande con nuevos programas y políticas, lo hace para producir un efecto de despolitización. La privatización del conflicto es el rasgo central de este giro en el que predomina una transformación: en lugar de personas confrontando la ley mediante un agente externo, la mediación las confronta entre ellas mismas. Bajo el supuesto que los individuos son partes

en un proceso que los relaciona de manera voluntaria e igualitaria, la mediación aparenta que son las personas mismas quienes tienen el control. (1987: 58) Aunque no siempre así suceda.

En la mediación existe una marcada tendencia a introducir códigos diferentes a los del Estado, por eso ella se define como flexible, sin normas o estándares rígidos y formales, y sobre todo fundada en los modos de la vida cotidiana. La forma de las relaciones entre las personas es reorganizada en la mediación de manera que el control sea inherente a las propias formas de los sujetos antes que externo o incluido en normas. En la mediación los símbolos de la autoridad del Estado no necesariamente están ausentes, pero claramente se desdibuja el lenguaje de la formalidad. El énfasis en los hechos y en las condiciones objetivas es suprimido o reemplazado por lo subjetivo: cómo uno se siente es más importante que qué ha sucedido.

Paralelamente el aumento de la litigiosidad como diagnóstico de fondo de la necesidad de la mediación, junto a la interpretación de cualquier tipo de conflicto como un problema exclusivamente de comunicación constituyen indicios claros de una pretensión de contener y suprimir el conflicto, y no exclusivamente de *resolverlo*. Y aunque se sugiera la ampliación de la posibilidad para realizar demandas basadas en nuevos conflictos, el modo en que se desarrollan esas nuevas demandas indican más bien la tendencia opuesta porque la propuesta es que esas disputas se resuelvan de una manera individual y privada.

Para Hofritcher (1987) una de las consecuencias más importantes de este proceso es la declinación de la política en la medida en que se limita el espacio de lo público. La mediación manifiesta estos rasgos porque lleva temas sociales a una esfera privada de problemas interpersonales. El énfasis que la mediación sitúa en la traducción de todo problema en uno de comunicación interpersonal ayuda a percibir esta idea.

Entonces podríamos sugerir que la mediación es parte de un programa político que podría definirse no como *anti estatal* sino *anti público*: eliminaría aquellos aspectos y dimensiones que implican discusión, debate, participación pública; pero todo esto sin dejar de ser estatales en un sentido estricto ya que son promovidas desde el ámbito del Estado mismo. Por eso algunos entienden que antes que integrar los ciudadanos en la política

convencional, la mediación elimina la política misma. Las partes deben internalizar los valores del proceso, y lo que internalizan es una concepción del conflicto y el orden social que potencialmente limita y desorganiza la posibilidad de acción colectiva. (Hofritcher 1987) La imagen que emerge en las prácticas de Estado de la mediación es una que desocializa el conflicto y transforma posibles problemas públicos y/o sociales en procesos privados. La mediación presume la imposición de una lógica de confianza en la comunidad, de mutua obligación; pero en realidad, antes que unir en asuntos comunes, individualiza. La posibilidad del debate público se debilita dentro de estos modelos, al punto que algunos valores permanecen no cuestionados, particularmente a través de la idea de que hay demasiado conflicto en la sociedad y que la mediación es la solución.

3. La especificidad de los sujetos sociales en el modelo del mercado en el proyecto neoliberal.

La moral desplegada con la mediación implica una manera de entender la sociedad como un sujeto colectivo comprometido con la reparación de los errores y daños cometidos por sus miembros individuales. La moral definida como responsabilidad individual y autodeterminación resuena en esta manera de entender una sociedad que sea capaz no sólo de proveerse a sí misma los recursos para la *salud* de ese cuerpo social sino de generar las condiciones para la constante reproducción de las condiciones que aseguren ese estado deseado de *salud*.

En nuestro programa de mediación encontramos algunos rasgos de la racionalidad de gobierno neoliberal, misma que concibe el gobierno de la sociedad a través de elecciones reguladas y realizadas por actores discretos y autónomos en el contexto de sus compromisos particulares. (Rose 1996: 328) En este contexto la especificidad de los *sujetos* es ser individuos activos en su propio gobierno. Y su responsabilidad ya no es entendida como una relación de obligación entre un ciudadano y la sociedad -promulgada y regulada a través de la intermediación del Estado-, sino que se trata de una relación de obediencia y responsabilidad de cada sujeto hacia sí mismo. Cada individuo está situado dentro de una variedad de diferentes redes de responsabilidad personal. Un rasgo central de

este tipo de racionalidad de gobierno es la definición de una nueva relación entre las estrategias para el gobierno de los otros y las técnicas para el gobierno de uno mismo, situadas dentro de nuevas relaciones de obligación mutua. (Rose 1996: 330) El peso del gobierno desplaza el eje desde un centro de gobierno hacia los mismos sujetos sociales.

La elección personal, el control sobre el propio destino, el autodesarrollo son algunos de los rasgos más importantes implicados en la moral de la autodeterminación y la responsabilidad. Y pueden al mismo tiempo leerse como los valores individualizados de la política neoliberal: como la emergencia de una forma particular de conceptualizar y actuar sobre las relaciones entre el gobierno de la vida económica y del autogobierno del individuo. El objetivo último es que cada uno, cada sujeto sea capaz de administrar su propia vida y elecciones, dentro de términos y límites autorizados, integrados en las prácticas de la vida diaria, y sostenidos por unos heterogéneos ordenamientos de imágenes civilizadas y dispositivos para la promoción de un estilo de vida determinado. (Rose 1996: 340) Esta transformación general en el gobierno de la conducta de los sujetos se vincula a una mutación en el gobierno de la vida económica.

Para Rose, una racionalidad gubernamental que gobierna a través de la activación de compromisos y elecciones individuales de los sujetos, a través de la moral personal se opone al modo centralizando del gobierno de lo social. Esta es la racionalidad de gobierno propia del neoliberalismo que desarrolla una noción del individuo como una empresa. La idea de la vida de cada uno como empresa de uno mismo, implica que existe un sentido en el cual cada sujeto continuamente debe permanecer empleado en esa empresa, y esto es parte de un negocio de vida continuo para realizar la provisión adecuada para la preservación, reproducción y reconstrucción del propio capital humano. Y el Estado queda como el árbitro de una continua transacción constante en la cual una parte (el sujeto individual) se esfuerza por mejorar el valor de su vida, mientras la otra parte (el estado) intenta economizar el costo de esa vida. (Gordon 1991: 45)

O'Malley (1995) identifica estos procesos como *el fenómeno del nuevo prudencialismo*: nuevamente los individuos son instados a tomar ellos mismos la responsabilidad de su propio bienestar y de todo aquello que amenace la seguridad de su estilo de vida. Para el autor, este prudencialismo contemporáneo difiere de otros porque en el actual la persona

debe ser prudente en una forma individualizada, ya no mutualizada. La economía es redefinida como la inversión en un futuro estilo de vida y de libertad.

En este proceso se ponen de relieve ciertas características generales de las nuevas tecnologías de gobernar la conducta. Anteriormente bajo la racionalidad del bienestar, las tecnologías sociales eran usadas para civilizar a los individuos, haciéndolos ciudadanos con obligaciones para conducirse con prudencia a cambio de ciertas garantías contra la incertidumbre. En el nuevo régimen *prudencial*, los individuos, educados a través de mecanismos de mercadotecnia y pedagogías del consumo y estilo de vida, tienen acceso a los recursos para la promoción de su propia seguridad y bienestar individual por mecanismos de mercado; esto ejemplifica la diseminación de mecanismos a través de los cuales el consumo y el mercado se convierten en un poderoso nuevo mecanismo para el diseño de las conductas. Estos mecanismos no son guiados por una lógica política, no obstante hacen posible la transformación de las tecnologías políticas para el gobierno de la subjetividad. (Rose 1996: 343)

Para el desarrollo de estas técnicas se elabora un diagnóstico que resalta la incapacidad y una especie de patología moral en la que los sujetos se encontrarían alienados por su dependencia. Luego, esta situación debe ser modificada y para eso se hace necesario equipar a los sujetos con ciertas capacidades subjetivas activas: deben tomar responsabilidades, mostrarse a sí mismos capaces de calcular la acción y la elección, deben dar forma a sus vidas de acuerdo con un código moral de responsabilidad individual y de obligación comunitaria.

La mirada profesional del ámbito de expertos para intervenir estos problemas se enfoca sobre la conducta misma y en la organización cognitivo y moral de la percepción, intención, acción y evaluación. El sujeto es entendido como un individuo que carece de las destrezas emocionales, prácticas, éticas y cognitivas para tomar la responsabilidad individual en la autogestión racional. Por eso se trata de empoderar a los sujetos. Este *empoderamiento* implica educación y enseñanza, persuasión, para que se conduzcan dentro de comunidades culturales particulares con la ética y estilo de vida, de acuerdo con el arte de la responsabilidad activa. El énfasis de la mediación en desarrollar la capacidad de las personas de tener un papel de actor protagónico en su vida —en este caso a través del ámbito

de la resolución de conflictos- es el sesgo de este programa que interviene para transmitir, bajo tutela y asistencia, los recursos para la autogestión activa.

4. Una definición armónica de justicia (y del derecho en general).

A la mediación le compete la forma en que se resuelven los conflictos. En tanto se trata de un área tradicionalmente estatal y exclusiva de la justicia, necesita crear una idea de justicia que sea *funcional* o acorde a esa situación. Necesita, para definirse, ubicarse a sí misma frente al modo estatalmente instituido de dirimir los conflictos. Como vimos el modo en que la mediación elige definirse frente a la justicia es por oposición a ella, no sólo destacando los puntos de desacuerdo sino especialmente constituyendo esos aspectos como deficiencias de la justicia y como virtudes y atributos de la mediación. Así la mediación plantea la distinción entre legalidad y moralidad. Y cuestiona a la justicia y el derecho por estar determinados por la formalidad de la ley.

La moralidad que la mediación pretende imponer se opone a la legalidad. Esta última se supone externa y se refiere a los comportamientos. La moralidad en cambio, debe ser interna, individual y se refiere a las conciencias de los sujetos. La mediación procura organizar la sociedad en torno a la moralidad, pero no repara en los problemas o consecuencias que implica semejante aspiración.

Entre otras cosas, no repara en la oposición fundamental con la que se constituyó el derecho moderno. Los señalamientos de la sociología del derecho moderno dan cuenta de la necesidad de ver -no sólo el derecho en general sino las instituciones y regulaciones responsables de su aplicación-, como el “más visible y formalizado de los elementos de regulación y dirección de las vidas individuales, que posibilita una de las más elementales formas de constitución de la sociedad. El derecho no es tan sólo un mal necesario, sino la organización de la vida social en su forma más estable y precisa”. (Cotterrell 1999: 21) El mismo Weber, uno de los fundadores de la sociología moderna, se ocupa insistentemente de sostener y explicar cómo el derecho moderno pierde sus características morales y así demuestra el proceso de transformación de una institución definida a partir de un cúmulo de

prácticas rituales con alta carga moral y emotiva en un proceso completamente desapasionado, abstracto y formal: el pensamiento legal moderno enfatiza la formalidad y los procedimientos antes que los compromisos morales.¹⁷⁵ Las prácticas racionales y formales del derecho se contraponen a las formas afectivas, habituales o tradicionales del derecho en tanto las últimas son dictadas por la emoción, la costumbre u otros factores irracionales. Y así para Weber esta transición *de lo afectivo a lo racional* es un desarrollo claramente modernizador no sólo porque las prácticas están mejor informadas y son más eficientes sino porque se adaptan de manera más consciente a objetivos específicos. (Garland 1999: 211)

La mediación en cambio, al reclamar un contenido moral de la ley y la justicia, re-actualiza el problema y nos pone en frente una difícil e inusual agenda respecto al pensamiento legal moderno.¹⁷⁶ Ciertamente, uno de los atributos del derecho como institución moderna es que su desempeño es desapasionado, rutinario e impersonal. La racionalización del derecho sustituyó la evaluación de las actitudes (la buena fe, o el sentimiento de venganza) como el elemento significativo del criterio de la justicia. (Rheinstein 1967: 306) Pero la mediación, en lugar de eliminar el lugar de lo valorativo y la moralidad, por el contrario, lo promueve. El cuestionamiento que ella realiza a la justicia formal por la falta de moral -en tanto juzga de acuerdo con un sentimiento concreto, abstracto y acotado- lleva implícita la probabilidad

¹⁷⁵ En este sentido es que en una interpretación bastante generalizada se puede marcar la gran diferencia en las visiones del derecho entre Weber y Durkheim: la teoría del derecho que este último desarrolla no reconocería la moralidad como una dimensión separada y aparte de la ley.

¹⁷⁶ Respecto a esto podríamos decir que el discurso de la mediación se diferencia de otros discursos que plantean teorías del derecho alternativas, pero que no omiten sino que discuten y pretenden superar este discurso. Podríamos mencionar como ejemplo el caso de los *estudios críticos legales* con quienes la mediación comparte la oposición a la neutralidad de la justicia encarnada en la labor de los jueces. Sin embargo, este rasgo en común tiene muy poco alcance porque cada uno se opone por razones muy distintas. La mediación y los estudios críticos legales comparten este malestar con el modelo de neutralidad judicial pero los primeros se oponen a la neutralidad para mostrar el carácter ideológico y los efectos políticos de la labor de los jueces. En cambio la mediación simplemente se limita a sostener la neutralidad *es mala* porque con ella no se llega a la realidad de las personas, por lo tanto es necesario un sistema como la mediación que recupere estos elementos olvidados por el derecho. Los estudios críticos legales quieren demostrar que la neutralidad, aunque es la mejor opción, no es real porque esconde el carácter ideológico del derecho: el discurso de la coherencia y la neutralidad hace parecer justo, natural, el funcionamiento de un sistema jurídico que tiende a favorecer los intereses de los grupos que tienen más información sobre las normas y mayor poder económico para defender sus intereses. (Kennedy 58) En el discurso de la mediación no es posible hallar ningún argumento de este tipo, ni siquiera como elementos de legitimación. Tampoco pretende conseguir legitimidad discutiendo cuestiones de fondo respecto a las formas del derecho.

de la arbitrariedad y subjetividad, del condicionamiento ético, político o social. Todas las características que la constitución del derecho moderno se ocupó de superar.

“La vieja justicia es movida por la simpatía, la preferencia, la gratitud, pero la cultura moderna *requiere* para su supervivencia un aparato externo que aisle lo emocional, que sea rigurosamente profesional, experto. Todos estos elementos son provistos por la estructura burocrática. La burocracia provee a la administración de justicia un fundamento para la realización de un cuerpo de derecho racional conceptualmente sistematizado en la base del derecho.” (Rheinstein 1967: 351) La adjudicación racional en la base de los conceptos legales formales y rigurosos contrasta con un tipo de adjudicación guiado primariamente por tradiciones, sentimientos, sin encontrar en ellos una base clara para la decisión de casos concretos. En cambio la mediación propone que los casos se decidan en función de los sentimientos y lo que las personas logren expresar o comunicar.¹⁷⁷

La autodeterminación y la responsabilidad como los valores de la moral que promueve la mediación se vincula a una mirada pastoralista y coincide con el proyecto neoliberal. Los valores que promueve la moral de la mediación son valores individualizantes, no son fuerzas morales que cohesionen socialmente. Lleva a que los individuos sean libres persiguiendo sus fines y se respeten unos a otros pero no que produzcan un efecto de *cemento social*, ni de responsabilidad colectiva. El objetivo es el individuo, no el grupo social. Lo que a primera vista podría leerse como un objetivo social-colectivo (la moralización como proyecto social) es en verdad uno individualizado. La moral de la mediación es una moral de la individualidad.

Y en definitiva una manera de constituir un modelo de justicia que se ejecute por la responsabilidad y la autonomía de los sujetos es similar a sostener un modelo de justicia regido por mecanismos similares a los del mercado. Así en la moral que la mediación pretende instituir encontramos una metáfora de la justicia del mercado, en donde

¹⁷⁷ La caracterización del derecho moderno secularizado como contraposición a la mirada de la justicia que construye el discurso de la mediación no puede ser llevado más lejos que como una ilustración del debate. Y esto fundamentalmente porque la racionalización, positividad y formalismo de derecho moderno – especialmente para Weber – son las características necesarias para hacer consistente el orden legal con el orden económico capitalista. Para el caso de la mediación queremos mostrar justamente lo opuesto: que esa manera de entender la justicia es completamente compatible con el orden económico (neoliberal).

interactúan individuos que deben ser responsables y autónomos para sobrevivir y para reproducir las mejores condiciones de su estilo de vida, o en otras palabras, para competir. Ya no está el Estado allí para garantizar ni las condiciones ni las reglas de la reproducción. Los sujetos no tienen entonces más que a sí mismos para demandar, interpelar, cuestionar. Y esto supondría un resultado justo. En el proyecto de moralización el Estado se descarga de la obligación de coaccionar, y de sancionar. La coerción del mercado por sí sola es la que va a producir justicia.¹⁷⁸

5. Algunas otras ideas para continuar la reflexión.

Todo lo dicho en las páginas de este estudio giró en torno a un pequeño caso: un programa de mediación implementado desde y en el ámbito del Estado. El recorrido analítico que realizamos pretendió llegar al fondo del contenido moral de ese programa para la resolución de conflictos. Desde allí, desde esas prácticas de actores locales y concretos, situados en un contexto delimitado, establecimos algunos lineamientos que puestos en perspectiva nos hablaron de algo más que de un minúsculo conjunto de prácticas estatales y de visiones de modos de gobierno, y de ideas acerca del Estado.

Por otro lado si hubo un rasgo que marcó su impronta en el análisis fue la contradicción, la ambigüedad, las inconsistencias. Nos queda la idea que los actores puestos en juego en este proyecto de moralización –aunque saben muy bien lo que están haciendo y además están convencidos de los propósitos del programa- no perciben completamente la magnitud y alcance de la tarea que emprenden y desarrollan, y especialmente de las implicaciones de la misma –y esto porque el de la mediación es un discurso ambivalente-.

No obstante, más allá de las incertidumbres y la poca claridad que las prácticas de la mediación nos mostraron, no suponemos que puede atribuirse al azar o la casualidad la idea de Estado que encontramos, así como el modelo de justicia basado en los principios del mercado. Claro que tampoco podríamos afirmar ciertamente que son los intereses del “mercado global” los que mueven a estos actores a pensar como piensan, a convencerse de

¹⁷⁸ Agradezco estas observaciones y comentarios al Dr. Fernando Escalante G.

que la utopía del cambio social es posible y a actuar en consecuencia. Esto implicaría ubicarnos en una visión *conspirativa* del gobierno. Ni una, ni otra posición; sino un poco de cada una. Creemos que aunque el poder de algunos discursos y actores es *real* y que también existen intereses concretos que se juegan en estos procesos, también existe una alta cuota de contingencia definida por los contextos institucionales locales y acotados.

Lo cierto es que un grupo de actores locales termina ejecutando, implementando, desarrollando con más o menos éxito algunos aspectos de una agenda que probablemente no sea la de ellos, no sea la de ese grupo minúsculo de actores, sino de otros actores de carácter global cuyos intereses tal vez ni siquiera tenga que ver con el ámbito de la resolución de conflictos. No queremos decir tampoco que sean actores ingenuos, crédulos e inocentes -al contrario, hasta podríamos sostener que estos actores reconstruyen este lugar de *moralizadores* y esto seguramente está cargado de un significado-. Lo que queremos mostrar es que no necesariamente advierten o intuyen estas explicaciones más generales que terminan por darle sentido a este tipo de programas en órdenes locales.

En este estudio pudimos ver que la moralización, como algo natural y no cuestionado -y además presuntamente intrascendente al punto que puede pasar completamente desapercibida en tanto ni siquiera es parte conceptual o constitutiva de la ley de mediación- cuando es desnaturalizada y cuestionada en profundidad, se evidencian elementos que podrían ser indicios de una idea de gobierno de lo social que no pertenece a los actores que ejecutan el programa. Es más, como ya dijimos, estos actores locales y situados tal vez sean los únicos que están verdaderamente convencidos de la moralización, de su vocación, de la posibilidad de conducir la sociedad a una mejor condición. Estos actores seguramente están convencidos de esto y su convencimiento es auténtico. Y es a través de ellos, de estos *micro* contextos por los que transitan y ejecutan ideas y proyectos de gobierno, modelos de mercado y de sociedad mucho más generales. Aunque el alcance del programa de mediación estudiado sea ínfimo o mínimo, y además ni siquiera tenga una performance aceptable, en definitiva alguna huella siempre permanece.

Con seguridad dejamos muchos aspectos sin resolver, pero esperamos haber demostrado la importancia de haber indagado hondo en un proyecto de moralización desarrollado en el ámbito del Estado. No sólo para expresar las debilidades y en este sentido contribuir al

fortalecimiento de la implementación de programas de gobierno de implicación de la sociedad; sino también para aportar elementos que ayuden a dilucidar la complejidad de la lógica de la vinculación entre el Estado y el cuerpo social.

Los aspectos pendientes son demasiados. Este estudio estuvo enfocado en la mirada del Estado, en la programación de la política, en los actores que diseñan e implementan el proyecto. La otra parte del problema de la moralización del Estado sin duda reside en los sujetos sobre los que recae el programa. La explicación del problema de la moralización podría enriquecerse con el estudio de la lógica de la respuesta de la sociedad. Por eso una aproximación desde la perspectiva de los actores usuarios de este tipo de programas constituye uno de los primeros y fundamentales complementos para el enriquecimiento de futuras agendas de investigación.

ANEXOS: LEY N° 8858 LEY DE MEDIACIÓN

El Senado y la Cámara de Diputados

de la Provincia de Córdoba,

sancionan con fuerza de Ley: 8858

TÍTULO I: OBJETO

CAPÍTULO I: MEDIACIÓN

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.- INSTITÚYESE en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declárese de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirá por las disposiciones de la presente Ley.

CARÁCTER DE EXCEPCIÓN

*Artículo 2.- EXCEPCIONALMENTE será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos:

- a. En contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio Declarativo Abreviado y Ordinario cuyo monto no supere el equivalente a ciento cuarenta (140) jus;
- b. En todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos;
- c. Cuando el Juez por la naturaleza del asunto, su complejidad, los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación.

El intento de solución del conflicto por vía de la mediación, realizada en sede extrajudicial a través de un mediador o Centro de Mediación público o privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial.

EXCLUSIÓN

***Artículo 3.-** QUEDAN excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas:

a. Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal.

Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión de término alguno;

b. Acciones de divorcio vincular o personal, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción; con excepción de: las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas;

c. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación;

d. Amparo, hábeas corpus e interdictos;

e. Medidas preparatorias y prueba anticipada;

f. Medidas cautelares;

g. Juicios sucesorios y voluntarios, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstos;

h. Concursos y quiebras;

i. En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares.

CAPÍTULO II: PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

PRINCIPIOS

Artículo 4.- EL procedimiento de mediación deberá asegurar:

a- Neutralidad;

b- Confidencialidad de las actuaciones;

c- Comunicación directa de las partes;

d- Satisfactoria composición de intereses;

e- Consentimiento informado.

CONFIDENCIALIDAD

***Artículo 5.-** EL procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos, y todo aquél que intervenga en la mediación, tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso.

No deberán dejarse constancias ni registro alguno de los dichos y opiniones de las partes ni podrán éstos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, el o los mediadores, los abogados, los demás profesionales y peritos y todo aquél que haya intervenido en un proceso de mediación, podrán absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación.

TÍTULO II: MEDIACIÓN EN SEDE JUDICIAL

CAPÍTULO I: PROCEDIMIENTO

APERTURA

***Artículo 6.-** LA apertura del procedimiento de mediación será dispuesta por el Tribunal a solicitud de parte si fuere voluntaria o de oficio en el supuesto del Artículo 2°.

OPORTUNIDAD

***Artículo 7.-** LA instancia de mediación podrá ser requerida por las partes al interponer la demanda o contestarla, o en cualquier oportunidad procesal y en todas las instancias.

En los supuestos del Artículo 2°, Incisos a) y b), el Juez lo dispondrá de oficio, en la oportunidad procesal que corresponda y, en el Inciso c) en la oportunidad de tomar conocimiento de la existencia de los extremos que justifican la mediación.

TRASLADO

Artículo 8.- CUANDO el requerimiento del proceso de mediación sea voluntario, a la solicitud de parte se correrá vista a la contraria. De mediar conformidad de ésta, se someterá la causa a

mediación, suspendiéndose el proceso judicial, debiendo el Tribunal comunicarlo al Centro Judicial de Mediación para la iniciación del trámite correspondiente. Cuando se encuentren involucrados intereses de incapaces deberá darse intervención al Asesor Letrado.

PAGO DE TASA DE JUSTICIA

Artículo 9.- CUANDO el actor propusiere someter a mediación la causa que no esté incluida en el Artículo 2º, abonará el cincuenta por ciento (50 %) de la tasa inicial de justicia que correspondiere. De mediar acuerdo, quedará eximido del pago del cincuenta por ciento (50 %) de la tasa restante. De no mediar acuerdo, o éste sólo fuere parcial, se completará el pago de la tasa de justicia en proporción a las pretensiones subsistentes, a los fines de la continuidad del proceso.

DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR

Artículo 10.- EL Centro Judicial de Mediación, fijará en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, a partir de la recepción de las actuaciones una audiencia en la que las partes propondrán de común acuerdo el mediador a designar. Si no se lograra acuerdo, el Centro Judicial hará el nombramiento de oficio por sorteo, debiendo notificar a quien resulte electo y a las partes.

LUGAR

Artículo 11.- LAS audiencias de mediación en esta sede se realizarán en los espacios físicos habilitados a tales efectos por el Centro Judicial de Mediación.

ACEPTACIÓN DEL CARGO

Artículo 12.- EL mediador designado deberá aceptar el cargo en el término o de tres (3) días hábiles de haber sido notificado, bajo apercibimiento de remoción. Quien haya sido elegido por sorteo no podrá integrar nuevamente la lista hasta tanto no hayan sido designados la totalidad de los mediadores registrados, salvo que haya debido excusarse o haya sido recusado, aplicándose idéntico criterio en relación a quien no acepta el cargo.

AUDIENCIA

Artículo 13.- EL Centro Judicial de Mediación deberá fijar la primera audiencia dentro de los diez (10) días hábiles de haber aceptado el cargo, debiendo notificar a las partes, mediante cualquier medio de notificación fehaciente.

ASISTENCIA LETRADA

Artículo 14.- LAS partes deberán concurrir al proceso de mediación con asistencia letrada particular.

CONTENIDO DE LA NOTIFICACIÓN

Artículo 15.- TODAS las notificaciones deberán contener:

- a- Nombre y domicilio del destinatario;
- b- Fecha de iniciación y finalización del proceso;
- c- Indicación del día, hora y lugar de la celebración de la audiencia;
- d- Nombre, firma y sello del mediador;
- e- El apercibimiento de la sanción prevista en el Artículo 20.

NUEVA AUDIENCIA

Artículo 16.- SI la primera audiencia no pudiera celebrarse por motivos justificados, el Centro Judicial de Mediación deberá convocar a otra, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días hábiles desde la audiencia no realizada.

CONVOCATORIA

Artículo 17.- DENTRO del plazo previsto para la mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente Ley.

COMPARECENCIA

Artículo 18.- LAS personas físicas deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderados, excepto cuando resulte imposible por causa fehacientemente justificada, debiendo concurrir con asistencia letrada.

Las personas jurídicas, comparecerán por medio de sus representantes legales o autoridades estatutarias, debidamente acreditadas y con facultades suficientes para acordar, debiendo acreditar previamente la personería invocada.

En caso que alguna de las partes, física o jurídica, actuara por medio de apoderado, éste deberá acreditar facultades suficientes para acordar, caso contrario, el mediador podrá otorgar dos (2) días para completar dicha acreditación. Vencido dicho plazo, se tendrá a la parte por no comparecida.

CONSTANCIA POR ESCRITO

Artículo 19.- DE todas las audiencias deberá dejarse constancia por escrito, consignando sólo su realización, fecha, hora, lugar, personas presentes y fecha de la próxima audiencia.

INCOMPARECENCIA - SANCIÓN

***Artículo 20.-** SI no puede llevarse a cabo la mediación por la incomparecencia injustificada de alguna de las partes, se impondrá a favor del Centro Judicial de Mediación una multa cuyo monto será el equivalente al valor de dos (2) audiencias.

FINALIZACIÓN

Artículo 21.- HABIENDO comparecido y previa intervención del mediador, cualquiera de las partes podrá dar por terminada la mediación, en cualquier etapa del procedimiento.

De ello se dejará constancia en acta, entregando copia de la misma a las partes intervinientes, con reserva de un ejemplar para ser entregado por el mediador al Centro Judicial de Mediación.

ACUERDO. ACTA

Artículo 22.- DE mediar acuerdo, total o parcial, se labrará un acta en la que se dejará constancia de los términos del mismo y la retribución del mediador, debiendo ser firmada por todos los intervinientes en el proceso. El mediador deberá entregar al Centro Judicial de Mediación copia del acta dentro de los tres (3) días de logrado el acuerdo.

HOMOLOGACIÓN

Artículo 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.

EJECUCIÓN DEL ACUERDO

Artículo 24.- EN caso de incumplimiento del acuerdo homologado, podrá ejecutarse por el procedimiento de ejecución de sentencia.

PLAZO MÁXIMO. PRÓRROGA

Artículo 25.- EL plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días hábiles a partir de la primera audiencia. El plazo podrá prorrogarse por acuerdo de las partes, de lo que deberá dejarse constancia por escrito, con comunicación al Centro Judicial de Mediación y al Tribunal actuante.

ACTAS

Artículo 26.- VENCIDO el plazo se dará por terminado el procedimiento de mediación, debiendo el mediador labrar el acta correspondiente. En todos los casos, de las actas que se labren se entregarán copias a las partes y una tercera para su archivo en el Centro Judicial de Mediación.

HONORARIOS DE ABOGADOS

Artículo 27.- LOS honorarios de los letrados de las partes, si no estuvieren convenidos se regirán por lo establecido en el Código Arancelario Ley N° 8226.

OTROS PROFESIONALES INTERVINIENTES

*Artículo 28.- EN todas las causas y si mediare consentimiento de las partes, podrá requerirse el apoyo de expertos en la materia objeto del conflicto, cuyos honorarios serán abonados por la parte solicitante, salvo acuerdo en contrario.

CAPÍTULO H: EXCUSACIÓN Y RECUSACIÓN

CAUSALES. OPORTUNIDAD

*Artículo 29.- EL mediador deberá excusarse y podrá ser recusado por las causas previstas para los jueces por el Código de Procedimiento Civil y Comercial, dentro del término de tres (3) días hábiles de notificada su designación. El Centro Judicial de Mediación procederá a realizar una nueva designación.

SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. REEMPLAZO

*Artículo 30.- LAS partes podrán recusar al mediador sin expresión de causa por una sola vez y en el término establecido en el Artículo anterior.

Producida la recusación al mediador, deberá notificársele dentro de los tres (3) días hábiles al Centro Judicial de Mediación para que proceda a nuevo sorteo.

PROHIBICIÓN

Artículo 31.- NO podrá ser mediador quien haya tenido vinculación por asesoramiento o patrocinio con cualquiera de las partes intervinientes en la mediación, durante el lapso de un (1) año anterior al inicio de la misma.

De no mediar acuerdo, no podrá patrocinar o representar a ninguna de las partes con relación al objeto de la mediación.

INHABILIDADES

Artículo 32.- NO podrán actuar como mediadores quienes registren inhabilitaciones comerciales, civiles, penales o disciplinarias, o hubieren sido condenados con pena de reclusión o prisión por delito doloso. hasta que obtengan la rehabilitación judicial y/o de los tribunales de ética correspondientes.

MEDIADORES. REQUISITOS

Artículo 33.- PARA actuar como mediador en sede judicial se requerirá:

- a. Poseer título de abogado con una antigüedad en el ejercicio profesional de tres (3) años;
- b. Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías, que implica la conclusión del nivel básico del Plan de Estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación, u otro equivalente de Jurisdicción Provincial y haber obtenido la registración y habilitación provincial;
- c. Estar inscripto en el Centro de Mediación del Poder Judicial.

Para actuar como co-mediadores en sede judicial se requerirá reunir los requisitos señalados en el Artículo 41 Incisos a) y b) y estar inscripto como co-mediador en el Centro de Mediación del Poder Judicial.

HONORARIOS

***Artículo 34.-** EL mediador percibirá por la tarea desempeñada en la mediación lo convenido con las partes. Si no existiese acuerdo sobre los honorarios, el mediador percibirá la remuneración que se establezca por vía reglamentaria, teniendo en cuenta las circunstancias y complejidad de los conflictos que se sometan a mediación, y que el monto mínimo será de un (1) jus por audiencia.

Los honorarios serán soportados en igual proporción salvo convención en contrario y deberán ser abonados en el acto de darse por concluida la instancia de mediación.

GRATUIDAD

***Artículo 35.-** EN las mediaciones en causas judiciales, en las cuales una de las partes haya obtenido el beneficio de litigar sin gastos, o estuviera tramitando el mismo o acreditara en los términos que determine la reglamentación la imposibilidad de pago de los honorarios, la mediación será gratuita para el que solicitó el beneficio de litigar sin gastos.

ACREDITACIÓN DE AUDIENCIAS

Artículo 36.- A los fines de acreditar las audiencias referidas en los artículos anteriores, el mediador deberá llevar una planilla la que será firmada por las partes y servirá de título suficiente para reclamo judicial, en el supuesto de no ser abonadas por los obligados al pago.

TÍTULO III: MEDIACIÓN EN SEDE EXTRAJUDICIAL

PROCEDIMIENTO

Artículo 37.- HABRÁ mediación en sede extrajudicial cuando las partes, sin instar proceso judicial previo, adhieran voluntariamente al proceso de mediación para la resolución de un conflicto, ante un mediador, centro de mediación público o privado habilitado a tal fin.

TRÁMITE EN GENERAL

Artículo 38.- EN lo que corresponda, se regirá en todas sus partes por lo dispuesto en los artículos precedentes referidos a la mediación en sede judicial.

EFEECTO DEL ACUERDO

Artículo 39.- EL acuerdo al que se arribe tendrá el mismo efecto de un convenio entre partes, e igual validez independientemente del centro público, privado o mediador habilitado interviniente.

HOMOLOGACIÓN

Artículo 40.- CUALQUIERA de las partes podrá solicitar la homologación del acuerdo ante el Juez en turno con competencia en la materia, con las previsiones del Artículo 80 de la Ley N° 8465 y el Artículo 4 de la Ley N° 8226. El trámite de homologación estará exento de tasa de justicia, aportes y todo otro gasto.

MEDIADORES

*Artículo 41.- PARA actuar como mediador en sede extrajudicial se requiere:

- a. Poseer cualquier título universitario con una antigüedad superior a tres (3) años en el ejercicio profesional;
- b. Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías que implica la conclusión del nivel básico del plan de estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación, u otro equivalente de jurisdicción provincial;
- c. Estar matriculado en el Centro Público de Mediación;
- d. Disponer de oficinas adecuadas para un correcto desarrollo del proceso de mediación.

HONORARIOS

***Artículo 42.-** EN la mediación en sede extrajudicial los honorarios del mediador podrán ser libremente convenidos por las partes. En su defecto, se regirá por las disposiciones relativas a los honorarios de los mediadores en sede judicial.

TÍTULO IV: AUTORIDAD DE APLICACIÓN

MATRÍCULA, HABILITACIÓN Y REGISTRO

***Artículo 43.-** EL Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC), será la Autoridad de Aplicación de la presente Ley, teniendo a su cargo las siguientes atribuciones:

- a. Fijar las políticas del Poder Ejecutivo Provincial sobre la implementación, desarrollo y puesta en marcha de la mediación en el territorio provincial;
- b. Celebrar convenios con el Estado Nacional, Estados Provinciales, Municipalidades y Comunas, Entes Públicos y Privados, cualquiera sea su naturaleza, que tenga por finalidad el cumplimiento de los objetivos que refiere el inciso anterior;
- c. Inscribir en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia a los Mediadores que hayan cumplido con los requisitos que reglamentariamente se establezcan;
- d. Otorgar matrícula a los mediadores mencionados;
- e. Determinar las condiciones de admisibilidad y pautas de valuación para la obtención por parte de los solicitantes de la matrícula habilitante;
- f. Organizar el Registro de Mediadores y llevar un legajo personal de cada uno de ellos;
- g. Solicitar información al Tribunal Superior de Justicia sobre la cantidad de causas que tramiten por ante el Centro Judicial de Mediación y cualquier otro dato relevante a los fines estadísticos;
- h. Recibir denuncias por infracción de mediadores en su actuación;
- i. Aplicar a través del Tribunal de Disciplina las normas éticas para el ejercicio de la mediación y controlar su cumplimiento;
- j. Aplicar a través del Tribunal de Disciplina sanciones de apercibimiento, multa, suspensión y cancelación de la matrícula de los mediadores y Centros de Mediación, según la gravedad de la falta;
- k. Aplicar sanciones y multas a las partes intervinientes en el proceso de mediación;

- i. Coordinar e instrumentar normas procedimentales para la ejecución de las políticas que refiere el inciso a) de este Artículo;
- m. Promover, organizar y dictar cursos de perfeccionamiento para mediadores;
- n. Realizar toda otra gestión necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente Ley.

TÍTULO V: CENTROS DE MEDIACIÓN

CAPÍTULO I: CENTROS DE MEDIACIÓN PRIVADOS

REQUISITOS

***Artículo 44.-** SE consideran Centros de Mediación Privados a los efectos de la presente Ley, a todas las entidades unipersonales o de integración plural, dedicadas a realizar la actividad mediadora, implementar programas de asistencia y desarrollo de la mediación y formación de mediadores. Los Centros definidos en este Artículo, deberán estar dirigidos e integrados por mediadores matriculados y habilitados según las disposiciones de la presente.

CREACIÓN

***Artículo 45.-** LAS entidades mencionadas en el Artículo precedente y sus respectivos espacios físicos deberán estar habilitados, supervisados y controlados por la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC), del Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba.

CAPÍTULO II: CENTROS PÚBLICOS DE MEDIACIÓN

CENTRO PÚBLICO DE MEDIACIÓN EN EL PODER EJECUTIVO

***Artículo 46.-** CREASE el Centro Público de Mediación en el ámbito del Poder Ejecutivo, el que desarrollará programas de asistencia gratuita para personas de escasos recursos. Por vía reglamentaria se establecerá su organización y desarrollo de programas.

INTEGRACIÓN

***Artículo 47.-** DICHO Centro estará integrado por profesionales especializados en mediación y que se encuentren habilitados conforme las previsiones que le sean pertinentes del Artículo 41. La Autoridad de Aplicación deberá proveer de la infraestructura y mobiliario adecuado y del personal

administrativo necesario para el funcionamiento del Centro Público de Mediación. A la vez reglamentará la composición y funcionamiento del cuerpo de mediadores y procederá a su designación por concurso público.

COMPETENCIA

***Artículo 48.-** EL Centro Público de Mediación intervendrá en aquellas cuestiones extrajudiciales que le sean voluntariamente presentadas por los particulares.

ACTUACIÓN

***Artículo 49.-** EL Centro Público de Mediación recibirá la solicitud de mediación por parte del interesado, a quien se le deberá informar el sentido y alcance de la mediación.

El Centro deberá requerir la presencia de la otra parte si ambas no hubiesen concurrido a solicitar el servicio. La invitación se realizará a través de una notificación a la que se adjuntará material informativo sobre la mediación; en caso de concurrencia se le informará sobre el procedimiento que se llevará a cabo y se fijará día y hora para la primera sesión conjunta, la que deberá ser notificada a los interesados.

INFORMES

Artículo 50.- EL Centro Público de Mediación deberá girar semestralmente una estadística de las mediaciones realizadas a la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC). Dicho informe tendrá el carácter de público.

CONVENIOS

Artículo 51.- EL Centro Público de Mediación podrá celebrar convenios con los municipios y comunas de la Provincia a los efectos de coadyuvar a la implementación del sistema en sus respectivos ámbitos.

DIRECCIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

***Artículo 52.-** LA Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC), dependiente del Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba, tendrá a su cargo la administración de los Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos conforme la reglamentación que se dicte al respecto.

CENTRO JUDICIAL DE MEDIACIÓN

Artículo 53.- CRÉASE el Centro Judicial de Mediación en el ámbito de la Provincia de Córdoba, el que dependerá del Poder Judicial de la Provincia.

FUNCIONES

Artículo 54.- SERÁN funciones del Centro Judicial de Mediación:

- a- Organizar la lista de los mediadores que actuarán en este ámbito;
- b- Supervisar el funcionamiento de la instancia de mediación;
- c- Cumplimentar las obligaciones impuestas por esta Ley;
- d- Recibir las denuncias por infracciones éticas de mediadores en su actuación judicial, las que serán giradas al Tribunal de Disciplina que funcionará en el Ministerio de Justicia;
- e- Registrar y relevar los datos pertinentes con el objeto de elaborar estadísticas útiles y confiables para el control de gestión;
- f- Organizar cursos de capacitación específica en materia de mediación;
- g- Instrumentar las acciones necesarias para publicar y hacer conocer las ventajas de la mediación como método alternativo de solución de conflictos.

TÍTULO VI: DISPOSICIONES GENERALES

TRIBUNAL DE DISCIPLINA

***Artículo 55.-** CRÉASE el Tribunal de Disciplina de Mediación, en el ámbito del Ministerio de Justicia, el que se encargará del conocimiento y juzgamiento de las infracciones a los regímenes ético y disciplinario, de los mediadores aplicando las sanciones que correspondan conforme a la naturaleza, gravedad del hecho y antecedentes del infractor.

El Tribunal de Disciplina estará integrado por un representante de la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos y un representante de cada Colegio Profesional según lo establezca la reglamentación.

El desempeño de todos los cargos es ad-honorem.

JUECES DE PAZ

Artículo 56.- LOS jueces de paz legos actuarán como mediadores en sus respectivas jurisdicciones, en la medida en que las partes lo soliciten, en las causas comprendidas en el Artículo 2º Inciso a) de la presente Ley pudiendo las mismas concurrir con patrocinio letrado.

A tales fines los jueces de paz deberán estar habilitados de conformidad a lo establecido en el Artículo 33 Inciso b) de la presente Ley.

En los casos en los que actúe como mediador un Juez de Paz, el acuerdo al que se arribe podrá ser ejecutado en sede Judicial sin necesidad de homologación.

FONDO DE FINANCIAMIENTO. INTEGRACIÓN

***Artículo 57.-** EL Fondo de Financiamiento se integrará con:

- a. Las partidas presupuestarias que se incorporen en el Presupuesto del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia;
- b. Los fondos provenientes de las multas que se apliquen a los mediadores en razón de: 1) Incumplimiento de las obligaciones establecidas por esta Ley; 2) La falta de aceptación debidamente justificada del cargo;
- c. Los montos provenientes de la aplicación de las multas previstas en el Artículo 20 de la presente Ley;
- d. Donaciones y otros aportes de terceros;
- e. Fondos provenientes de cursos o seminarios que se organicen por los Centros Públicos de Mediación con fines de perfeccionamiento.

Los fondos señalados ingresarán a la Cuenta Especial creada por la Ley N° 8002, cuando fueran originados en el Centro Judicial de Mediación.

ORGANIZACIÓN. REGLAMENTACIÓN

Artículo 58.- EL Tribunal Superior de Justicia, dispondrá las medidas relativas a la organización del Centro Judicial de Mediación, donde se incluyan los recursos humanos y edilicios.

FUNCIONAMIENTO

Artículo 59.- LOS Centros Públicos de Mediación previstos en esta Ley se pondrán en funcionamiento en el interior de la Provincia y en las distintas circunscripciones judiciales, progresivamente, conforme a las disponibilidades presupuestarias y de existencia de un número suficiente de mediadores inscriptos y habilitados.

REGLAMENTACIÓN

Artículo 60.- LA presente Ley deberá ser reglamentada en un plazo no mayor a sesenta (60) días por el Poder Ejecutivo. En igual término el Poder Judicial dispondrá las medidas pertinentes referidas al funcionamiento del Centro Judicial de Mediación.

TÍTULO VII: DISPOSICIONES TRANSITORIAS

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 61.- HASTA tanto se dicte la Ley de Ética para el ejercicio de la Mediación, le serán aplicables en lo que fuera pertinente, las disposiciones éticas reguladoras de cada profesión.

MEDIADORES EN SEDE JUDICIAL

Artículo 62.- LOS mediadores que actúan en sede extrajudicial y los co-mediadores en sede judicial, luego de tres (3) años de vigencia de la presente Ley, podrán actuar también como mediadores en sede judicial, cumpliendo con los requisitos pertinentes.

CENTROS JUDICIALES DEL INTERIOR

Artículo 63.- HASTA tanto se pongan en funcionamiento los Centros Judiciales de Mediación, en las sedes judiciales del interior de la Provincia no será de aplicación el Artículo 2º de la presente Ley.

Artículo 64.- COMUNÍQUESE al Poder Ejecutivo.

NICOLÁS – AGRELO – VILLA - DEPPELER

TITULAR DEL PODER EJECUTIVO: DE LA SOTA

DECRETO DE PROMULGACIÓN N° 1002/00

Córdoba, 2 de Octubre de 2000.

BIBLIOGRAFIA.

Abel Richard 1982 "Introduction". En: The politics of informal justice. Ed. Abel, 1-16. New York Academic Press. Nueva York.

Abrams Philip 2006 "Notes on the difficulty of studying the state". En: The anthropology of the state. A reader. Ed. Sharma y Gupta, 112-130. Blackwell. Gran Bretaña.

Adler Peter 1993 "The future of Alternative Dispute Resolution: reflections on ADR as social movement". En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 67- 88. Michigan.

Aguilar Villanueva Luis 2003. "Estudio introductorio". En: Problemas públicos y agenda de gobierno. Antologías de Política Pública. Tomo 3. Ed: Aguilar L.F. Miguel Ángel Porrúa. México.

Auebarch Jerold 1983. Justice without law? Resolving disputes without lawyers. Oxford University Press. Nueva York.

Azuela Antonio 2006. Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental. UNAM. IIS. Fontamara. México.

Barbosa Daniel y Magris Gabriela 1996. Mediación. Conceptos, pautas para una Ley provincial. Análisis de la Ley Nacional. Proyectos legislativos. Marcos Lerner. Córdoba.

_____ 1998. Régimen legal de la mediación en la Provincia de Córdoba. Alveroni Editores. Córdoba.

_____ 1999. Mediación Comunitaria.

Barmat Norberto y Rivero Silvia 2001. Ley provincial de Mediación. Comentada. Anotada. Concordada. Marcos Lerner. Córdoba.

Barry Andrew *et al* 1996. Foucault and Political Reason: Liberalism, Neo-Liberalism, and Rationalities of Government. The University of Chicago Press. Gran Bretaña.

Beckman Ludvig 2001. Liberal state & the politics of virtue. New Brunswick, Transaction Publishers. Nueva Jersey.

Bergoglio María Inés "Reforma Judicial y acceso a la justicia. Una mirada sobre los medios alternativos de resolución de conflictos". Documento inédito.

_____ "¿Mediación voluntaria u obligatoria? La visión de las partes y de los operadores legales". Trabajo presentado en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Universidad Nacional Autónoma de México. Febrero 2004.

Bohoslavsky Ernesto 2005. "La incurable desidia y la ciega imprevisión argentinas. Notas sobre el Estado, 1880-1930." En: Estado y política en la Argentina actual. 107-127. Universidad Nacional de General Sarmiento. Prometo. Buenos Aires.

Burchell Graham. *et al* ed. 1991 The Foucault effect. Studies in governmentality. The University of Chicago Press.

Bush R.A.B y Folger J.P 1996 Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento. Granica. Barcelona.

Chakrabarty Dipesh 2002. Habitations of modernity. The University of Chicago Press. Chicago.

Cotterrell Roger (1999) Emile Durkheim: law in a moral domain. Stanford University Press. California.

Dube Saurabh 2001. Sujetos subalternos. Capítulos de una historia antropológica. El Colegio de México. México.

Du Bow F. y Me Ewen C. 1993. "Community boards: an analytic profile". En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 125- 168. Michigan.

Donzelot Jaques 1991. "The mobilization of society" en The Foucault Effect: Studies in Governmentality. Chicago University Press. Chicago.

Dworkin Ronald. 1989. "Liberal community". California Law Review. Vol 77. 479-504

Ferguson James 1993. "De-moralizing economies: African Socialism, Scientific Capitalism and the moral politics of "structural adjustment". En: Moralizing states and the ethnography of the present. Moore Sally Falk Editora. 78-92. American Anthropological Association. Estados Unidos.

- Foucault Michel 2004. Seguridad, territorio y población. Curso en el Collège de France 1977-1978. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.
- García Cima Elena. 2001. Un diseño de mediación. Modelo del Colegio de Escribanos de Córdoba, Argentina. Alveroni Ediciones. Córdoba.
- García Villegas Mauricio. 2003. "Symbolic power without symbolic violence". Florida Law Review. Vol 55 January 2003. Number 1 University of Florida. Levin College of Law.
- Garland David 1999. Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social. Siglo XXI Editores. México. España.
- Geertz Clifford. 2004. "What is a state if not a sovereign? Reflections on politics on complicated places". Current Anthropology. Vol 45. Num 5.
- Goldstein Daniel. 2004. Comments. En: "What is a state if not a sovereign? Reflections on politics on complicated places". Current Anthropology. Vol 45. Num 5.
- Gotheil Julio. 1996. "La mediación y la salud del tejido social". En: Mediación: una transformación de la cultura. Gotheil J. y Schiffrin A. comps. Paidós Mediación 3.
- Gordon Colin. 1991. *Governmentality: an introduction*. En: The Foucault effect. Chicago University Press. Chicago.
- Hofrichter Richard 1987. Neighborhood justice in capitalist society: the expansion of the informal state. Greenwood Press. Nueva York.
- Kennedy Duncan 2002. Libertad y restricción en la decisión judicial. Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes. Bogotá.
- Lederach J. P y Kraybill R. 1993. "The paradox of popular justice: a practitioner's view". En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 357-378. Michigan.
- Lowry Kem. 1993. "Evaluation of community justice program". En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 89- 122. Michigan.

Maiem Jorge 2000. Estudios de ética jurídica. Fontamara. México.

Merry Sally Engle 1993 "Sorting out popular justice". En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 31-66. Michigan.

Merry Sally E. y Milner Neal. 1993. "Introduction". En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 2-30. Michigan.

Mitchell Timothy 2006. Society, economy, and the state effect. En: The anthropology of the state. A reader. Ed. Sharma y Gupta, 169-186. Blackwell. Gran Bretaña.

Mockus Amanas y Corzo Jimmy 2003. "Dos caras de la convivencia. Cumplir acuerdos y normas y no usar ni sufrir violencia". En: Análisis Político. Instituto de Análisis político y relaciones internacionales. 3-25 Universidad Nacional de Colombia. Colombia.

Moore Barrington. 2001. Pureza moral y persecución en la historia. Paidós Barcelona.

Moore Sally Falk 1993. "Introduction". En Moralizing states and the ethnography of the present. Moore Sally Falk Editora. American Anthropological Association. Estados Unidos.

_____ 2005 "General introduction". En: Law and anthropology. A reader. Ed. Sally Falk Moore. 1-5. Blackwell. Reino Unido.

Nader Laura 1993. "When is popular justice popular?" En: The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States. Ed: Merry S.E y Milner N. 435- 452. Michigan.

O'Malley Peter 1995. The prudential man cometh: life insurance, liberalism and the government of thrift. Annual Meeting of the Law and Society Association. Toronto, Canadá.

Oyhanarte Marta 1996. Los nuevos paradigmas y la mediación. En Gottheil, Julio y Schiffrin Adriana (compiladores). Mediación: una transformación de la cultura. Paidós Mediación 3 pp. 17-35

Perez Lledó Juan Antonio 1998. "Critical Legal Studies" y el Comunitarismo. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Power Michael 1994. *The Audit Society: Rituals of Verification*. Demo. Londres.

Rheinstein Max. 1967. *Max Weber on Law in Economy and Society*. Simon & Schuster. Estados Unidos.

Rose Nikolas. 1996 "The Death of the Social? Re-figuring the territory of government." *Economy and Society*. Volume 25 Number 3, August. 327-356

Rothschild Judy. 1993 "Dispute transformation, the influence of a communication paradigm of disputing, and the San Francisco Community Broads Programs". En: *The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States*. Ed: Merry S.E y Milner N. 265-328. Michigan.

Scott James 1998. *Seeing like a state. How certain schemes to improve the human condition have failed*. Yale University Press. Nueva York

Schvarstein Leonardo 1996. La mediación en contexto. En Gottheil, Julio y Schiffrin Adriana comps. *Mediación: una transformación de la cultura*. 227-252 Paidós. Mediación 3.

Schwerin Edward. 1995. *Mediation, citizen empowerment, and transformational politics*. London :Praeger. Westport, Conn.

Sharma Aradhana y Gupta Akhi! 2006. "Introduction: rethinking theories of the state in an age of globalization. En: *The anthropology of the state. A reader*. Ed. Sharma y Gupta, 1-42. Blackwell. Gran Bretaña.

Sousa Santos. 1991. "Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción postmoderna del derecho". *Revista Nueva Sociedad* 116 Noviembre-Diciembre. 19-38

Teubner Ghuther 2002. "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno". En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores. Colombia.

Torremorel Boqué, Maria Carme. 2003. *Cultura de mediación y cambio social*. Gedisa. Barcelona.

Weber Max, 1984. *Economía y Sociedad*. FCE. México.

Yngverson Barbara 1993. "Local people, local problems, and neighbourhood justice: the discourse of community in San Francisco Community Boards". En: *The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States*. Ed: Merry SE y Miller N. 379-400. Michigan.