



Universidad Nacional del Litoral

Facultad de Ciencias Económicas

Maestría en Administración Pública.

Tesis de Maestría: *“Política de desjudicialización de conflictos interpersonales en la Provincia de Santa Fe. La mediación prejudicial obligatoria. Una mirada crítica”*

Directora: Claudia Guadalupe Kilibarda.

Codirector: José Ignacio Vigil.

Alumna: Virginia Lenarduzzi.

Cohorte: 2016.

Año 2020.

“Siempre que hay contienda se busca el amparo del juez. Ir al juez es ir a la justicia; porque el juez nos representa la justicia viva y personificada. Se busca un juez que ocupe el medio entre las partes; y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia, una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo pues, es un medio, puesto que el mismo juez lo es. El juez iguala las cosas”.

Aristóteles.

Agradecimientos.

A mi amiga Claudia, por recorrer este camino conmigo y compartir su sabiduría. Me llevó más de seis meses entender la profundidad de los conceptos que esbozó en nuestra primera reunión de trabajo.

A los indispensables, Javier, Mercedes y Julia, por acompañarme en esta vocación de crecimiento personal, por nunca hacer notar mi ausencia, ni en la etapa de cursado ni en la de tesis. No podría haberlo hecho de otra manera.

A José, el profe más querido de la Maestría, que siempre está dispuesto a ayudar a los que recurrimos a él cuando estamos perdidos.

A mis compañeros de Maestría, los maperos, por hacer este proceso más divertido y humano, aprendí mucho de ellos y se llevan un lugar de privilegio en mis recuerdos de este ciclo.

Y por último, al Derecho que por más esfuerzos que haga para alejarlo, siempre vuelve con sus sutilezas y me atrapa, recordándome una y otra vez por qué lo elegí en primer lugar.

ÍNDICE

La administración alternativa de Justicia y sus inconvenientes.	
1. Planteo de la situación problemática	4
2. Objetivo y alcances del trabajo.....	9
2.1. Objetivo general.	
2.2. Objetivos particulares	
2.3. Alcances.	
Capítulo I. Administración de Justicia y Jurisdicción.	
1. La Jurisdicción como función estatal para administrar justicia.....	11
2. La Jurisdicción como derecho	13
3. Acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad.....	16
Capítulo II. Administración de justicia y desjudicialización..	
1. Desjudicialización, un acercamiento a su fundamento.....	19
2. Desjudicialización como política de administración de justicia....	22
3. Desjudicialización como cambio de paradigma.....	24
Capítulo III. La mediación.	
1. Concepto y ventajas.....	28
2. Mediación como mecanismo de administración de justicia.....	30
3. Antecedentes normativos	32
Capítulo IV. Aspectos críticos de la mediación.	
1. Autocomposición e igualdad.....	35
2. Las consecuencias de la obligatoriedad y onerosidad	39
¿Obstaculización al acceso a la acción judicial?	
¿Desincentivo para solucionar conflictos?	
3. Otras críticas formuladas.....	42
Capítulo V. Análisis de Políticas Públicas.	45
Ciclos de políticas públicas	46
RESUMEN del marco teórico	54
Capítulo VI. Metodología y resultados de la investigación.	58
Capítulo VII. Conclusiones y recomendaciones	103
Bibliografía	108

La administración alternativa de Justicia y sus inconvenientes.

1. Planteo de la situación problemática.

El presente trabajo pretende ser una intervención en el debate alrededor de la problemática de la resolución extrajudicial de conflictos, esto es, la posibilidad de administrar justicia de una manera alternativa a la judicial o jurisdiccional. Se trata de un estudio de caso centrado en el análisis de la herramienta implementada por ley provincial nro 13.151¹, llamada Mediación Prejudicial Obligatoria (en adelante MPO), en el marco de la política presentada como de desjudicialización de conflictos personales en la provincia de Santa Fe. La implementación de esta herramienta, implicó introducir dentro del sistema institucionalizado de administración de justicia² de nuestra provincia, uno de los métodos alternativos de solución de conflictos; la mediación.

En el Estado argentino, organizado en forma republicana, se adjudica al Poder Judicial el monopolio de la función jurisdiccional, como modo principal de administración de justicia. Así el artículo 108 de nuestra Constitución Nacional dispone:

“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”

Este sistema de administración de justicia, en la práctica funcionaría de la siguiente manera: ante un conflicto jurídico surgido entre dos o más partes, y siempre que no puedan resolver el mismo de manera espontánea, deberían recurrir a los tribunales para encontrar la solución mediante la intervención de un tercero imparcial calificado (Juez), luego de un procedimiento regulado por ley, y su decisión se basará en la evaluación de las pruebas aportadas por cada una de las partes del conflicto y la aplicación del Derecho³.

¹ Sancionada el día 11/11/2010, promulgada el 07/12/2010, publicada en B.O. 13/12/2010.

² Entendemos por administración de justicia, al diseño normativo e institucional que elaboran los Estados para abordar y solucionar los conflictos jurídicos que surgen en el seno de la sociedad, conforme a Derecho.

³ Entendemos el Derecho en su concepción tridimensional como la interacción entre vida social, normas jurídicas y valores. Está compuesto, en consecuencia, por tres dimensiones, normativa, psicológica y sociológica. (Goldschmit, 1973) No obstante, se aclara que no tratándose ésta de una tesis jurídica, no se formularán análisis de fondo en relación a la teoría ni a la filosofía del Derecho.

A priori y abstractamente planteado, luce como un mecanismo correcto y eficaz para la solución de conflictos, sin embargo, la práctica tribunalicia, donde se desenvuelve el sistema formal de administración de justicia, muestra no pocas situaciones problemáticas que requieren atención. A su vez, existen trabajos académicos y análisis de comentaristas que vienen reclamando una necesaria adecuación de las formas tradicionales de impartir justicia. Por ejemplo, destacan entre las críticas los planteos siguientes:

➤ que existe una sobrecarga de casos en los juzgados y la infraestructura judicial no crece en la misma proporción que la litigiosidad, lo que redundaría en la lentitud de los procedimientos judiciales;

➤ que el acceso a la justicia es oneroso para los justiciables, quienes deben afrontar gastos cuantiosos para intentar la tutela judicial de sus derechos;

➤ que un sistema de justicia impactado por estas variables (lentitud y onerosidad), podría redundar en un menoscabo de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos;

➤ que existe un creciente malestar de la ciudadanía en relación al funcionamiento de la justicia, basada en criterios de falta de transparencia, lentitud, onerosidad, y excesiva rigidez burocrática. Sirva de ejemplo la declaración del Dr. Roberto Héctor Falistocco⁴ (2007) en la apertura del año judicial, quien tiempo atrás ya indicaba que “... *el desenvolvimiento de los tribunales no convence a todos los ciudadanos y el funcionamiento del servicio resulta, para muchos, algo impenetrable o complicado...*”. Una declaración que fue numerosas veces confirmada por diversos analistas, y hasta encuestas de opinión sobre el funcionamiento de la justicia argentina.⁵

Estos inconvenientes motivaron en la Argentina programas llamados de modernización o reforma de los sistemas judiciales y que se instrumentaron a través de diversos mecanismos, por ejemplo con la modificación de los códigos de procedimiento buscando la oralidad en los procesos judiciales, o con modificaciones institucionales como la recepción de la figura del *Ombudsman*, redefinición de las funciones de los Ministerios Públicos, informatización de los procedimientos y,

⁴ Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en 2007.

⁵ Por ejemplo, el Instituto Gallup ya en 1994 indicaba que el 80% de la población no encuentra aspectos positivos en la justicia argentina, para el 35% los aspectos más negativos son la lentitud y la burocracia.

finalmente con la propuesta de la desjudicialización de la solución de los conflictos personales. (Álvarez, 2003)

En esta línea la provincia de Santa Fe, ha venido implementando un programa de política de desjudicialización de conflictos interpersonales, en el marco de un programa más amplio llamado "Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina", un compromiso asumido en verdad en el año 2006 por los tres poderes del Estado Provincial con el objetivo de avanzar en la modernización de normativa para posibilitar un más sencillo e inmediato acceso de la comunidad a la justicia. En dicho contexto, se sancionó la ley 13.151, se creó dentro del ámbito del Ministerio de Justicia la Dirección Provincial de Desjudicialización de conflictos interpersonales, y se puso en marcha la implementación de la MPO.

Entre los objetivos de la implementación de esta herramienta se encontraba la necesidad de descongestionar de causas los juzgados civiles, comerciales y de familia, y avanzar hacia un sistema de solución de conflictos que amplíe los ámbitos de libertad y autonomía de las personas⁶. Y si bien la mediación podría considerarse una herramienta valiosa, dado que presenta virtudes como mecanismo alternativo para resolver conflictos, - pues en comparación con el procedimiento judicial, resulta más rápida, menos onerosa y la solución del conflicto depende exclusivamente de las partes -, lo cierto es que su diseño e implementación en la provincia de Santa Fe, encendería algunas alarmas que es necesario considerar. Esas alarmas estarían provocadas por la introducción de algunos caracteres que alejan el instituto de su naturaleza, y además, tensionan con principios y valores superiores del Estado.

Por un lado, por ejemplo - adelantamos -, la combinación de las característica de obligatoriedad y onerosidad de la MPO, aparece en ocasiones generando un retraso injustificado, y en muchas otras - incluso - como un verdadero obstáculo para el acceso al sistema judicial y la resolución de conflictos. El acceso a la justicia, también conocido como derecho a la jurisdicción, es un derecho fundamental de los ciudadanos garantizado por la Constitución Nacional, pero al mismo tiempo uno de los aspectos que se pretendía reforzar, justamente, con la introducción de las políticas

⁶ Así surge de la exposición de motivos de la reglamentación de la ley 13.151, decreto 1747, de fecha 26/08/2011.

de modernización de los sistemas judiciales. Asimismo, obligatoriedad y onerosidad, podrían operar como un desincentivo para intentar solucionar un conflicto, dado que hace más largo y oneroso el camino para llegar a la solución definitiva del mismo.

Por otro lado, el diseño e implementación de la MPO, presenta algunas contradicciones con normas del Derecho argentino consagradas en la Constitución Nacional y leyes nacionales. Una de estas contradicciones está dada por la obligatoriedad de someter a mediación algunos conflictos que involucran derechos indisponibles⁷ por las partes. Esto se observa, por ejemplo, cuando se impone el procedimiento de mediación a conflictos que involucran a personas en situación de vulnerabilidad (menores, mujeres, consumidores, por citar algunos ejemplos). No se encontrarían bien resueltos los dispositivos necesarios para proteger a estas personas y quedarían excluidas de la protección del Estado.

Como ejemplo, la Constitución Nacional y otras leyes nacionales, protegen a las personas en su carácter de consumidores ante las empresas proveedoras de bienes y servicios, reconociendo que la libertad contractual no existe en esos casos; asimismo los niños, niñas y adolescentes son protegidos por una cantidad de leyes, instituciones y programas públicos; las mujeres gozan hoy de mecanismos específicos de protección dada la vulnerabilidad de su posición en la sociedad. La integridad de estas personas no estaría adecuadamente protegida si ante un conflicto que las involucre son obligadas a resolverlo mediante *mayores ámbitos de libertad* como propone el sistema de MPO.

En definitiva, la política pública de análisis no estaría informada por los principios y valores de la justicia entendida como igualdad⁸, interrumpiendo el círculo virtuoso de lo justo en el caso concreto en virtud de dar por sentada la igualdad entre las partes, que no siempre existe.

Entonces, en ese marco de crecientes cuestionamientos al diseño y puesta en marcha de la herramienta de la MPO implementada en Santa Fe, es que planteamos como objetivo de este trabajo analizar la política pública de implementación de la MPO en la provincia de Santa Fe para sistematizar sus inconvenientes y evaluar

⁷ La indisponibilidad de los derechos está tratada en el capítulo IV.

⁸ *“Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad, y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad”* En la concepción Aristotélica de la justicia distributiva, o política, que se confunde con la igualdad. (Aristóteles, 1873)

algunos de sus resultados vinculados a la reducción de la litigiosidad y garantía de justicia de los intervinientes.

Para ello, nos surgen las siguientes preguntas de investigación: ¿en qué medida la implementación de la herramienta de MPO ha sido recepcionada por la ciudadanía para la resolución de sus conflictos? ¿Es posible entender la MPO en la provincia de Santa Fe como un medio alternativo más eficaz en términos de economía y celeridad que las resoluciones de conflictos judiciales tradicionales? ¿Dónde se encuentran las trabas de la MPO en Santa Fe para que actúe efectivamente como un medio alternativo para los ciudadanos que buscan justicia? ¿La manera en que está diseñada, implementada y regulada la MPO en Santa Fe, contribuye a la construcción de un mecanismo alternativo válido para descongestionar la administración de justicia al tiempo que a solucionar los problemas de los ciudadanos en sus relaciones con los demás?

El interés por el tema de investigación radica en que la herramienta de MPO en la provincia de Santa Fe, se ha insertado directamente en el sistema formal de administración de justicia y tiene efectos directos en el mismo. Entendemos que es un imperativo del Estado, organizar su sistema de justicia eficazmente de manera que produzca efectos inmediatos valiosos para los ciudadanos que concurren a buscar la protección de sus derechos; como efectos mediatos para quienes podrían eventualmente concurrir en busca de tutela; y por último produzca un impacto en el conjunto de la sociedad que confía el resguardo y efectiva protección de sus derechos, asegurando la cohesión social.

El trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera: en la presente introducción se plantea la situación problemática, se enuncian los objetivos generales y particulares y los alcances del mismo. Los capítulos I a V constituyen el marco teórico del trabajo en el que se analizarán conceptos elementales que sirven de sustento al mismo, tales como políticas públicas, jurisdicción, acceso a la justicia, desjudicialización. En el capítulo VI se encuentra el marco metodológico y los resultados de la investigación, esto es, el análisis de la política pública de MPO. Para finalizar estarán expuestas las conclusiones y recomendaciones en el capítulo VII. Por último, las referencias bibliográficas.

2. Objetivos y alcance del trabajo.

Partiendo de los indicios encontrados en los estudios preliminares para la realización del presente trabajo, pudimos inferir que el presente sería un análisis crítico de la herramienta de MPO.

En ese sentido planteamos la hipótesis de investigación de la siguiente manera: La Mediación Prejudicial Obligatoria implementada en la provincia de Santa Fe no resultaría una herramienta eficaz para la desjudicialización de conflictos privados, y además tensiona con el rol equilibrante e igualador del Estado.

2.1. Objetivo general.

Como objetivo general nos proponemos analizar críticamente la política pública de implementación de la Mediación Prejudicial Obligatoria en nuestra provincia, sistematizar sus inconvenientes y evaluar si produjo una reducción de la litigiosidad.

2.2. Objetivos particulares.

- Analizar cuál fue el propósito perseguido por el Estado al implementar la MPO.
- Analizar si hubo otras alternativas para lograr el mismo fin.
- Analizar cuáles son los principales mecanismos de *enforcement* de la política de MPO.
- Reconocer los principales actores involucrados y analizar sus posiciones frente a la política de MPO.
- Identificar cuáles son las variables de análisis más problemáticas a la hora de implementar la política de MPO, fundamentalmente la obligatoriedad y la onerosidad.
- Evaluar si en los siete años del recorte temporal (2011/2018) se produjo una reducción de la litigiosidad.

2.3. Alcances del trabajo.

El presente trabajo de investigación es un estudio de caso en la provincia de Santa Fe, entre los años 2011/2018 y está realizado tanto desde un enfoque

cualitativo como cuantitativo, y sus alcances son descriptivos y exploratorios, dado que fue necesario un conocimiento más profundizado del programa⁹ implementado, más allá de la mera letra de la ley.

Para el análisis de la política pública de MPO se utilizó el modelo secuencial, por ese motivo, hay un capítulo específico del trabajo dedicado a dicho método de análisis de políticas públicas.

⁹ Suelen utilizarse de manera indistinta los términos política y programa. La política pública se diferencia de un programa en que este último es una intervención pública directa sobre la realidad social, que se usa, en conjunto con otros programas (y otros instrumentos de política), para implementar una política. Las políticas públicas se cristalizan en programas y proyectos a los que se les asignan recursos para su puesta en práctica. (Fernandez Arroyo, 2012),

CAPÍTULO I. Administración de justicia y Jurisdicción.

El Estado, mediante la administración de justicia, es la única instancia capaz de realizar los ajustes necesarios entre las normas positivas y el valor justicia. Es la garantía última, no solo de la libertad de los ciudadanos, sino también de la realización de la igualdad entre los mismos.

1. La Jurisdicción como función estatal para administrar justicia.

La función jurisdiccional, es la potestad monopólica del Estado para resolver con poder de imperio los conflictos generados en la sociedad, a través de un órgano natural designado al efecto que actúa de manera imparcial ante el conflicto. O sea, es la actividad del Estado orientada a recomponer y garantizar en última instancia, la existencia y vigencia de un derecho reconocido por las leyes, que ha sido vulnerado.

Se trata de una de las funciones, que junto con la legislativa y la ejecutiva, estructuran la organización del Poder del Estado, dependiendo de cómo se distribuyen las mismas.

Diversas Constituciones y Cartas Magnas de los Estados modernos, entre ellas la nuestra, han organizado sus órganos de gobierno en la forma republicana, dividiendo el ejercicio de sus funciones, intentando seguir la premisa en la que subyace el pensamiento y la teoría de Montesquieu (1906): Quien hace las leyes no debe aplicarlas y ejecutarlas; quien las ejecute no debe hacerlas ni juzgar sobre su aplicación; quien juzgue no debe hacer las normas ni ejecutarlas.

“La libertad política, en los ciudadanos, es aquella tranquilidad de ánimo que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer a otro. Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.” (Montesquieu, 1906)

Como plantea Salama (2012), en el pensamiento ideal de Montesquieu, la Justicia es la “boca que dice la ley”, una especie de poder vacío. El pensador del Siglo XVIII concebía leyes perfectas que el juez sólo debía aplicar a cada caso y allí terminaba su función. Parecerían necesarios ciertos ajustes ya que en la realidad actual, el juez trabaja con leyes imperfectas y contradictorias. Y aún cuando debe aplicar leyes que podríamos llamar perfectas, el juez es el último garante de que se cumplan las mismas; es decir, la Justicia aparece como la última resistencia para controlar los poderes reales institucionalizados en la sociedad.

Los ejemplos resultan aclaradores. En Argentina existe una vasta legislación protectora del trabajador en sus relaciones de trabajo, leyes que protegen el derecho a la salud de las personas, que protegen a las mujeres de situaciones de violencia. Podríamos llamarlas leyes “perfectas” ya que intentan equilibrar relaciones asimétricas existentes en la sociedad.

Ocurre que estas relaciones de dominación (como las laborales, las de consumo, las del usuario del servicio de salud, las que involucran personas vulnerables), consideradas socialmente disvaliosas, no logran ser erradicadas con la sanción de leyes. Por el contrario, requieren la instancia jurisdiccional que aplique las leyes y restituya a la sociedad el equilibrio en las relaciones, que limite el poder económico de las empresas, que ponga freno a la explotación laboral, que ponga freno a la violencia de género.

Cuando las leyes son imperfectas, como por ejemplo cuando las normas positivas¹⁰ no se ajustan al criterio de justicia, o presentan contradicciones con otras normas dando lugar a interpretaciones diversas, es deber de los jueces prescindir de la aplicación mecánica de la norma positiva, reparar en la realidad social que subyace

¹⁰ Con norma positiva nos referimos al dispositivo mediante el cual el Estado ordena, permite o autoriza determinado comportamiento. (Kelsen, 2009)

y comprender que el sistema judicial inserto en el Estado de Derecho pierde todo su sentido si no sirve a la sociedad.¹¹ (Botassi, 2002)

Los jueces no sólo tienen que saber si una acción es legal o ilegal, sino si es justa o injusta: la legalidad es sólo un indicio de justicia. El Estado, mediante la administración de justicia, es la única instancia capaz de realizar los ajustes necesarios entre las normas y la justicia. Es la garantía última no solo de la libertad de los ciudadanos, sino también de la realización de la igualdad.

Es aquí donde la función jurisdiccional encuentra su rol protagónico para garantizar la vigencia del Estado de Derecho, o lo que es más importante, el Estado de Justicia.

2. La Jurisdicción como derecho.

El derecho a la Jurisdicción es uno de los derechos fundamentales del ser humano, también conocido como derecho de acceso a la justicia. ¿Qué serían las libertades del hombre si no pudieran ser reivindicadas y defendidas en juicio, dado que (como vimos en el título anterior) los derechos abstractos, genéricamente formulados por leyes y Constituciones, sólo pueden ser asegurados por los tribunales? (Pellegrini Grinover, 1982).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la garantía de acceso a justicia constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, y que para que el Estado cumpla el deber contemplado en el art. 25 de la Convención¹² :

"(...) no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de

¹¹ En este sentido Locke (1689) "el pueblo permite a sus gobernantes que decidan aunque en ocasiones se contradiga la letra misma de la ley, siempre y cuando ello favorezca el bien público y contando con la aquiescencia de la sociedad cuando esto suceda"

¹² Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el art. 25 de la Convención Americana" (Medina, 2017)

Siguiendo a Cappelletti (1996)

"(...) el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico -el "derecho humano" más fundamental- en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos"

¿Cuál es el alcance del derecho a la jurisdicción?

Podríamos enumerar tres componentes de este derecho;

1) El derecho de acceso a la Jurisdicción, es decir a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional. Es la instancia inicial del ejercicio del derecho y la consagración y protección debe ser categórica, fuerte, ya que de él dependen las instancias posteriores.

En este sentido, entendemos que existe un deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes al juicio, sin restricciones irrazonables, y además de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la legitimación, evitando el rechazo de la acción en virtud de interpretaciones restrictivas o ritualistas, dado que ello importaría una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva.

2) La segunda dimensión está dada por el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión, que no implica que la decisión sea favorable a la pretensión formulada, sino que la Sentencia sea motivada y fundada, es decir razonable, congruente y justa. Esta es una exigencia que deriva de la legitimación democrática del Poder Judicial y de la interdicción de la indefensión y la irracionalidad.

La asimilación coloquial entre los términos jurisdicción y justicia (acceso a), presenta algunos inconvenientes que han sido advertidos por autores y funcionarios de la justicia. Una reflexión interesante al respecto es la presentada por Helena Highton (1996), en relación al derecho de acceso de la justicia de los ciudadanos, cuando plantea que la palabra *justicia* "se utiliza en un doble sentido: por un lado, como la virtud de la justicia, valor, anhelo de equidad político social e individual; por otro lado, como referida al medio típico para actuarla, que es el Poder Judicial.

Teniendo en cuenta esta clasificación se establece una clara diferencia entre el "acceso a la justicia" entendida como sistema judicial (lo que antes llamábamos derecho a la jurisdicción), y "acceso a la justicia" entendida como solución justa, que requiere mucho más que una disposición legal y hasta constitucional que la declare, requiere sobre todo, que la justicia en sentido institucional se ponga al servicio de la justicia como valor fundante del Estado.

Como lo expone Rosatti (1984)

"(...) nos preocupa la brecha inauditable que en ocasiones se abre entre aquella justicia grande de los libros (y de las leyes) y esta pequeña del actor y el demandado. Y más nos preocupa su consecuencia: la carencia de un 'estado de justicia' (las dos con minúscula), entendido como atmósfera de tranquilidad social, de armonía, de concordia, que consideramos más valioso que la existencia del tan mentado 'Estado de Derecho' (las dos con mayúscula) (...)"

3) Por último, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la resolución judicial se cumpla efectivamente, pueda ser ejecutada, de lo contrario el reconocimiento de derechos contenido en ella sería vano, una mera declamación de intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica.

Si este sistema falla en alguna de sus partes, peligra la seguridad jurídica, el Estado de Derecho y el Estado de Justicia. De allí la importancia del derecho a la Jurisdicción, que debe extenderse sin excepción y sin obstáculos a todas las personas a todo el territorio y a todas las materias.

Una vuelta más. Derecho a la Jurisdicción antes del proceso.

Horacio Rosatti (1984) introduce un elemento temporal del derecho a la jurisdicción, que redundará en una ampliación del contenido del mismo, y es el derecho a la Jurisdicción antes del proceso. Advierte que el derecho a la Jurisdicción no comienza cuando un ciudadano decide canalizar un conflicto por la vía judicial; por el contrario los ciudadanos tenemos derecho a que los dispositivos del sistema judicial estén convenientemente y plenamente preparados siempre, como para que el sistema y su andamiaje institucional funcione eficazmente en el mismo instante en que sea requerido.

13

¹³ El autor utiliza una comparación para facilitar la comprensión: hasta que una casa se incendia, su morador es indiferente a la existencia del cuerpo de bomberos, o se siente lejos de él. Pero, cuando

“El deber de administrar justicia comporta para el Estado una obligación organizativa-general (traducida en el dictado de normas que regulan el procedimiento jurisdiccional, que crean tribunales, en el dictado de actos administrativos que designan jueces, funcionarios y personal subalterno, en la realización concreta de actos ejecutivos como la construcción y remodelación de oficinas e instalaciones en donde se desarrollará la actividad, etc), y una obligación dikelógica-particular (materializada en la resolución tempestiva de conflictos singulares con criterios de justicia y equidad). El correlativo derecho a la jurisdicción supone prerrogativa para reclamar ambos aspectos del deber referenciado, porque no es concebible el segundo aspecto sin la preexistencia del primero (...).” (Rosatti, 1984)

3. Jurisdicción y personas en situaciones de vulnerabilidad.

Requiere un apartado específico, las consideraciones acerca del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, dado que éstas encuentran obstáculos mayores para el ejercicio de sus derechos.

Si bien los procesos e iniciativas de modernización o fortalecimiento de la justicia, deberían beneficiar a la sociedad en general, creemos que deberían focalizar su atención y redoblar esfuerzos en aquellos grupos sociales, que histórica y sistemáticamente se han encontrado en condiciones desventajosas para la concreción de sus derechos. Ello así, en virtud del principio de solidaridad social. (Medina, 2017)

El hito fundamental en materia de acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad fue la elaboración de las llamadas Reglas de Brasilia, que constituyen un conjunto de 100 reglas que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008.

Su objetivo principal fue establecer líneas de actuación para los Poderes Judiciales, con el fin de brindar a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias particulares.

Este instrumento, emanado de un organismo internacional, contempla relevantes previsiones para avanzar y fortalecer el derecho humano de acceso a la justicia de estos grupos de personas, forma parte del derecho interno argentino en virtud de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 5 del año 2009.

estalla el fuego, lo que era una cuestión eventual de responsabilidad de "otro" (el Estado), pasa a ser de su interés inmediato y actual.

Sería oportuno traer a colación algunos párrafos de la exposición de motivos de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) que expone de manera clara y precisa la problemática :

“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.”

El concepto de personas en situación de vulnerabilidad, viene dada por la Regla 3 de Brasilia, que determina que

"se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Las Reglas centran el eje conceptual de la vulnerabilidad en el impedimento que implica para determinadas personas acceder y ejercitar con plenitud los derechos ante el sistema de justicia de un determinado Estado. Lo que implica ver a la vulnerabilidad desde un contexto relacional.

Consignan, además, ciertos estándares sobre medidas de organización y gestión judicial, que propenden a una adaptación de las reglas procesales, pero también incluyen aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Volviendo a las 100 Reglas de Brasilia, dicho compromiso contiene un apartado especial dedicado a los medios alternativos de solución de conflictos.

En ese sentido dispone:

“Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.” (100 Reglas de Brasilia, 2008).

CAPITULO II. Administración de Justicia y desjudicialización.

“La justicia es el valor fundador del sistema. Donde no hay justicia es peligroso tener razón. Este valor prevaleciente, que ilumina el obrar del hombre, del mercado y del Estado, necesita estar inmerso en todas las instancias de la vida social. Nadie discute la justicia, en sí, todos reclaman por su escasez, su desprolija administración, su quiebra tecnológica, su desplazamiento por otros factores de poder. En fin, la justicia es el valor a salvar.” (Dromi)

1. La desjudicialización. Una aproximación a su fundamento.

La palabra “desjudicializar” no existe en el diccionario de la Real Academia Española, pero “judicializar” es definida como:

“Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política.” (Diccionario de la Real Academia Española, 2019)

Podríamos decir en consecuencia, que desjudicializar importaría sacar al conflicto de la vía institucional jurisdiccional para su resolución.

La vía judicial, según vimos en el capítulo anterior, implica que ante un conflicto que altere el orden social, los afectados que intenten hacer valer sus derechos deban recurrir a las instalaciones del Poder Judicial para que, luego de un procedimiento reglado, un juez dicte una sentencia aplicando el Derecho. Esa sentencia, asignaría la solución más justa posible para restaurar el orden social interrumpido por el conflicto.

Este esquema racional (e ideal al mismo tiempo) del funcionamiento de la administración de justicia, en la práctica presenta algunos inconvenientes que la distancian de su objetivo, que es asignar justicia a los casos concretos.

Los grandes fallos del sistema judicial, como lo dijéramos al plantear la situación problemática, son la dilación de los plazos y la onerosidad. Si bien estos

inconvenientes son multicausales, podríamos enumerar las que consideramos sus causas principales:

➤ Los juzgados, organismos funcionales básicos del Poder Judicial, se encuentran saturados de causas¹⁴, la infraestructura judicial no crece en la misma proporción que la litigiosidad, originando la sobrecarga de expedientes judiciales.

➤ Los procedimientos judiciales son predominantemente escritos, cargados de rigorismo formal, son lentos desde su diseño¹⁵ (y se ralentizan cuando se agrega el problema anterior)

➤ Los conflictos que no se amoldan perfectamente dentro de los ritos burocráticos abstractos diseñados para llevar a cabo los procedimientos, son resistidos por los operadores judiciales, llegando casi siempre a la misma solución: la falta de solución y la falta de respuesta. Aún los que sí encajan en el molde, terminan con la insatisfacción del ciudadano que realiza el reclamo. (Highton, 1996)

➤ La dilación excesiva de los plazos atenta contra el más simple sentido de justicia, aún cuando se alcance el resultado ajustado a derecho, dado que la justicia, si es lenta, es menos justa. Resulta oportuna la frase del jurista Eduardo Couture (2002):

"El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido."

➤ La onerosidad del acceso a la Justicia es otro de los grandes inconvenientes del sistema¹⁶. El elevado costo que conlleva iniciar y llevar adelante un procedimiento judicial, como el pago de honorarios de abogados y asesores, merece destacarse, ya que para los sectores con menos recursos de la sociedad es casi una utopía el derecho constitucional de acceso a la Justicia¹⁷.

¹⁴ En el capítulo VI del presente trabajo encontramos datos que respaldan la afirmación.

¹⁵ En esta línea el Dr. Falistocco al inaugurar el año judicial 2007: "Y aseguramos que la Magistratura santafesina iba a acompañar y contribuir en el proceso de reforma de las leyes procesales que pongan el acento en la inmediatez, oralidad, celeridad y economía entre otros principios y reglas válidas en todo proceso" <http://www.justiciasantafe.gov.ar/fs/index.php?go=i&id=3777>.

¹⁶ Datos relativos a la onerosidad pueden verse en el capítulo VI

¹⁷ No obstante, señalamos que está garantizada la gratuidad para las personas que carecen de recursos. En este sentido la ley provincial nro 13.615, (sancionada en fecha 22/12/2016, promulgada en fecha 30/01/2017, publicada B.O. 06/02/2017), dispone un trámite simplificado y extraprocesal para que aquellos que no cuentan con recursos puedan acceder a la justicia..

Los inconvenientes mencionados, nos hacen suponer que la función de garantizar el real goce y ejercicio de los derechos de los habitantes, se encontraría entorpecida. Al respecto Falistoco (2007):

“Pero en medio de la puntualizada "marea legislativa" y del avance de la doctrina, existe al mismo tiempo un cierto descreimiento en el derecho, esto es, una convicción sobre las insuficiencias de los señalados avances. Los progresos legislativos y doctrinarios no se corresponden exactamente con un progreso en los niveles de realización de la justicia. Asistimos a un cierto desencanto del derecho. La gente no siempre cree en el derecho. Además, el ciudadano común desconoce la intimidad del funcionamiento de la justicia que le resulta, así, algo extraña e inconcreta. Entonces, maguer los avances que el derecho registra en la hora presente, el desenvolvimiento de los tribunales no convence a todos los ciudadanos y el funcionamiento del servicio resulta, para muchos, algo impenetrable o complicado”.

La insatisfacción con el sistema judicial de administración de Justicia afecta de diversas maneras a la sociedad:

1) El afectado directo, es el ciudadano que recurre al sistema de justicia para obtener la tutela de sus derechos, ya que no realiza su pretensión en un tiempo razonable y debiendo desembolsar una cuantiosa suma para poner en funcionamiento el mecanismo judicial.

2) Los afectados indirectos, son aquellos que eventualmente requieran los servicios de la administración de justicia en busca de tutela, y dadas las características del sistema, descreen del mismo o no lo consideran eficaz¹⁸. Ello, dicho en otros términos, significa que los justiciables no confían en la capacidad del Estado para tutelar sus derechos.¹⁹

3) Por último, hay efectos disvaliosos que afectan a la sociedad en general, como la necesidad de envío constante de recursos públicos para apuntalar el sistema judicial, costos de transacción elevados, por ejemplo los derivados de la necesidad de concurrir a tribunales para hacer seguimiento de procedimientos, gastos de los particulares (papel, impresiones, combustible, etc.), todo lo cual lleva a una insatisfacción general de la sociedad.

De lo expuesto podríamos inferir que el sistema formal y tradicional de administración de justicia no siempre es el más adecuado para resolver los conflictos

¹⁸ Está relacionado en el concepto de derecho a la jurisdicción antes del proceso del Dr. Rosatti desarrollado en el capítulo I del presente trabajo.

¹⁹ En tal sentido remito a la nota nro 5 del presente trabajo.

jurídicos y las sociedades deberían repensar los conceptos y los mecanismos para mejorar la situación, que quizás implicaría replantearse los conceptos de Justicia y de administración de la justicia, con criterios más amplios y comprensivos.

2. La desjudicialización como política pública.

Han existido, desde el comienzo de la forma de vida en sociedad, otros mecanismos de solución de conflictos fuera del judicial o jurisdiccional, e incluso anteriores a éste. La ley del Tali3n fue quiz3s el primer intento de racionalizar la cuesti3n, dando un elemento de proporcionalidad al castigo en relaci3n al da3o (Parisi, 2001). Pero, entre el 'ojo por ojo diente por diente' en un extremo, y la instauraci3n de procedimientos judiciales de tipo burocr3tico y racional de estilo Weberiano en el otro, existe una diversidad de dispositivos o mecanismos para arribar a la soluci3n de conflictos, que varían de acuerdo a la cantidad de personas intervinientes, las facultades que se otorgan a los participantes, el 3mbito en el que funcionan (si p3blico o privado), la forma en que se financian, etc.

Siguiendo a Gladys Alvarez (2014) la problem3tica expuesta en el apartado anterior, nos lleva a la necesidad de redefinir los objetivos de las polític3s p3blicas en materia de Justicia. Estos objetivos podrían plantearse en dos direcciones:

1) por un lado, si el objetivo es el de brindar a los ciudadanos un mejor acceso a la tutela judicial, los instrumentos de polític3 tenderían a fortalecer el sistema jurisdiccional de administraci3n de justicia, mediante, por ejemplo, la creaci3n de m3s tribunales o el perfeccionamiento de sus est3ndares de eficiencia y eficacia.

2) por el otro lado, si el objetivo es el de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo de tutela, que no sea necesariamente judicial, los instrumentos de polític3 conducirán a diversificar las formas resoluci3n de conflictos, alentando los mecanismos alternativos y a una desjudicializaci3n del sistema de administraci3n de justicia en su conjunto.

Dentro de las polític3s p3blicas llamadas de reforma o modernizaci3n de la Justicia, han ido cobrando protagonismo los métodos alternativos de resoluci3n de conflictos, entre los que se encuentran el arbitraje, la conciliaci3n, la mediaci3n y la facilitaci3n. El éxito y la aceptaci3n de los mismos en los sistemas de Justicia,

dependerá en gran parte del diseño de los programas para su aplicación y de la implementación que se haga de los mismos.

Se incluye bajo el nombre “mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, a toda forma de solución de un conflicto, que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto.

Estos métodos, dispositivos o mecanismos, son llamados “alternativos” porque exhorbitarían al modo normal, el judicial. Así, la doctrina se refiere a los mismos de diversas maneras, por nombrar algunas, Helena Highton (2013) habla de “Resolución Alternativa de disputas” que se sintetiza en la sigla RAD. La Organización de Estados Americanos (2001) en innumerable cantidad de documentos los denomina “Métodos alternativos de resolución de conflictos” o MARC.

No obstante el consenso en el uso del término `alternativo/a` no está libre de críticas. Ello así porque el modo más primitivo de gestión de conflictos personales, no fue precisamente el jurisdiccional institucionalizado, sino que este es en última instancia alternativo a los métodos preexistentes; además, los nuevos métodos no son excluyentes del sistema judicial -necesariamente- sino en la mayoría de casos complementan al mismo. (Highton, 2013).

Quizás la característica fundamental de estos métodos sea la consagración de la libertad o autonomía de los ciudadanos a la hora de resolver sus conflictos. Habría una resignificación del rol de los mismos para concluir con la disputa. Es la llamada autocomposición para solucionar el conflicto²⁰, lo que implica que la solución del mismo no viene ordenada ni impuesta por un tercero, sino que son las propias partes involucradas quienes le ponen fin al conflicto a través de un acuerdo de voluntades.

De todas maneras, las características particulares de las herramientas de resolución alternativa de conflictos, no podrían formularse con carácter de universalidad, ya que la implementación de las mismas cambia de una legislación a otra, dado que su diseño y características vienen dadas por la ley que las regula.

²⁰ Excepto el arbitraje, que suele ser incluido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, pero no es un procedimiento de autocomposición. El arbitraje es un procedimiento similar a un juicio: hay una controversia con demandante, demandado, un tercero que decide de manera obligatoria para las partes (que se denomina árbitro en vez de juez), una fase pruebas y sentencia (llamada también laudo). El Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe regula el llamado juicio arbitral en los artículos 416 a 441.

En este sentido, valdría observar en un sentido finalista, que no es lo mismo que el sometimiento a mediación (o cualquier otro mecanismo alternativo) sea obligatorio o voluntario, que sea anterior o posterior al inicio de juicio (o incluso independiente de éste), que sea gratuito u oneroso, que se desarrolle en el ámbito público o privado, que los acuerdos alcanzados sean ejecutable en la justicia o no, etc.

3. Desjudicialización y cambio de paradigma.

La instalación de los métodos de desjudicialización nos lleva a reflexionar sobre un cambio en el modo de organización del sistema de justicia, teniendo en cuenta que partimos de los sistemas formales organizados bajo el paradigma burocrático y avanzamos hacia el paradigma propuesto por los postulados de la gobernanza.

La organización del sistema formal de administración de justicia, o sea el Poder Judicial, sea probablemente (al menos en la provincia de Santa Fe), la más arraigada en la tipología burocrática weberiana, en cuanto a su diseño de formalismo, jerarquías, meritocracia, ritualismo, centralización y verticalismo.

El ciudadano o justiciable, frente a la administración de justicia burocrática, aparece como un sujeto pasivo que está dotado de garantías y tiene posibilidad de reacción. Pero es sólo un administrado, el destinatario de una específica actividad administrativa.

Su posibilidad de acción está reconocida en función de su interés, solo por ello puede intervenir en el procedimiento, aunque en realidad únicamente puede “promover” la actividad administrativa y hacer uso de los medios de reacción que le brinda el ordenamiento jurídico frente a las irregularidades que crea cometidas.

Con la desjudicialización de la administración de justicia aparece otra forma de relación entre el Estado, la sociedad civil y el ciudadano, más vinculada a los lineamientos del paradigma de la gobernanza²¹.

Las sociedades aspiran, según este paradigma, a una forma de gobierno más cooperativa, en la que las instituciones públicas y los actores privados

²¹ Definimos gobernanza como una forma de gobierno que se funda en el equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y los agentes económicos mediante mecanismos de cooperación y participación con el fin de lograr un desarrollo económico, social e institucional.

participen y cooperen en la formulación y la aplicación de la política y las políticas públicas, en una actuación en red.

Siguiendo a Zurbriggen (2011),

“(...) la gobernanza surge como un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, caracterizado por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos y administraciones públicas y actores no gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Se espera que a través de este proceso de elaboración de las políticas, fundamentado en la colaboración, el consenso y la participación de distintos actores, se mejoren los resultados y rendimientos de las políticas (...)”

Parecería que ya no es posible abordar la complejidad de los problemas públicos con una infraestructura estatal que se muestra disfuncional en contraste con la sociedad cada vez más dinámica, donde fluyen nuevos espacios de articulación, y una nueva cultura de colaboración, la creación conjunta e innovación social. La sociedad aporta soluciones novedosas a las demandas y necesidades sociales.

La visión participada, las energías y el compromiso de los actores de la red en la búsqueda de la mejora de los problemas sociales, pueden ser un factor decisivo en la cohesión social (Conejero, 2015)

La idea de redes de administración, la de sinergia público - privada, la de coordinación horizontal aparecen ligadas a la de gobernanza desde sus comienzos²². Estas ideas (y su materialización) pueden ser observadas en el diseño de políticas de desjudicialización de la administración de justicia e institucionalización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos; a saber:

La sociedad civil²³ a través de las organizaciones intermedias, las organizaciones privadas²⁴ y los individuos, participan de diferentes maneras tanto en el `making` de las políticas, como en el proceso de implementación de las mismas e incluso en las actividades de evaluación. De hecho, el empuje y la paulatina adopción de los métodos alternativos de solución de conflictos provienen en gran parte del

²² El libro Blanco de la gobernanza europea señala como principios de buen gobierno a los de transparencia, participación, rendición de cuentas, eficacia y coherencia.

²³ Con "sociedad civil", nos referimos a "organizaciones públicas", (asociaciones, sindicatos, fundaciones, colegios profesionales, etc.) que actúan en el espacio público de la sociedad. El debate por el significado de sociedad civil y su interpretación filosófica y política excede los límites del trabajo.

²⁴ Las organizaciones privadas son estudios profesionales o empresas. A veces éstas actúan en el ámbito público del mismo modo que las anteriores.

esfuerzo de las organizaciones de la sociedad civil especializadas en la materia. (Pásara, 2015)

Una organización pionera en este campo fue la Fundación Libra²⁵, que comenzó a instalar este tema al interior del Poder Judicial mediante una estrategia que consistió en una propuesta a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Ministerio de Justicia para incluir estos mecanismo en alguna propuesta legislativa.

Por otro lado, generalmente, las personas encargadas de llevar a cabo estos procedimientos alternativos (llámese mediador, conciliador o facilitador), no son burócratas ni empleados públicos, por el contrario, son profesionales liberales que realizan la actividad en sus propios estudios o centros privados habilitados al efecto. La capacitación de dichos profesionales puede estar en manos de organizaciones estatales, aunque son muchas las que provienen del ámbito privado.²⁶ Estas organizaciones, de diversas características, terminan formando parte del mecanismo formal de sostenimiento del sistema y su expansión.

Por último, existe en nuestro país una multiplicidad de organizaciones pertenecientes al Estado en cualquiera de sus niveles, o a la sociedad civil, cuyo objetivo primordial no está vinculado con la administración de justicia, pero que, con su labor y dedicación, acaban asignando justicia²⁷ a personas cuyos conflictos no se resolverían de otra manera. Pensemos en las asociaciones de defensa del consumidor, los entes de control creados a partir de la privatización de servicios públicos²⁸, el Ombudsman, las vecinales.

A modo de interrogante: ¿Cuál debería ser el límite de actuación de la sociedad civil y los privados en la función de administrar justicia? La respuesta a esta interrogante dependerá en gran parte del concepto que se tenga del Estado, del Derecho y de la Justicia.

²⁵ La Fundación Libra es una institución privada sin fines de lucro, creada el 30 de septiembre de 1991 en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, con el fin de promover la modernización de la Justicia Argentina y la aplicación privada y pública de técnicas de resolución de conflictos

²⁶ Datos sobre este tipo de instituciones obran en el capítulo VI del presente trabajo.

²⁷ Acceso a la justicia no está usado como acceso a la jurisdicción, sino en el sentido de acceder a un mecanismo para resolver un conflicto.

²⁸ El art. 42 de la Constitución Nacional, consagra el derecho de los consumidores y usuarios sobre la base del criterio de igualdad real de oportunidades. Por su intermedio, introduce la función de los entes reguladores de servicios públicos. Así, destaca “...la independencia de estos órganos frente al poder concedente y la participación con carácter necesario de los usuarios en los mismos (...)

Intentando armonizar los contenidos de este capítulo y el anterior, podríamos decir que el rol de las organizaciones de la sociedad civil sería valiosa en tanto puede asignar justicia en casos en los que otra manera no se lograría²⁹. Podría colaborar en la administración de justicia, tanto desde el estudio, el diagnóstico, el diseño, el análisis, la evaluación, y la implementación de políticas públicas.

Sería valiosa, además, la promoción por parte del Estado de las actividades precitadas y su colaboración a través del financiamiento de las mismas, o incluso la asociación público-privada para desarrollar dichas actividades, a efectos de profundizar el enraizamiento de las mismas en la sociedad. De esta manera existiría una verdadera posibilidad de cohesión social y creación de valor público.

²⁹ Piénsese el caso de un usuario de telefonía celular en una contienda con la empresa prestadora por una sobrefacturación de \$ 200. Judicializar este conflicto resultaría impensable y antieconómico.

CAPÍTULO III. La mediación.

“La verdadera igualdad no reside en el hecho de que la riqueza sea absolutamente la misma para todos, sino que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro y que no sea tan pobre como para verse forzado a venderse. Esta igualdad, se dice, no puede existir en la práctica. Pero si el abuso es inevitable, ¿quiere eso decir que hemos de renunciar forzosamente a regularlo? Como, precisamente, la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, hay que hacer que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla.” (Rousseau)

1. ¿Qué es la mediación?

La mediación es un procedimiento para resolver conflictos. Su definición y características varían de acuerdo a la reglamentación que la crea e implementa.

Siguiendo a Sharon Press, citado en Gozani (1995) podríamos decir que la mediación

"es un proceso en el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes —que pueden ser dos o más— y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta. El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada. Llegado el caso, ahí termina la mediación"

Otra definición propone por Rozenblum (1998)

“La mediación es un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren «voluntariamente» a una tercera persona «imparcial», el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio. Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la ley. Además, la solución no es impuesta por

terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes”.

De estas definiciones citadas surgen algunas de las características generales de la mediación, a saber:

➤ Voluntariedad. Parecería existir cierto consenso en la literatura especializada, en que la libre elección de las personas para someterse a un procedimiento de mediación es uno de los principios rectores. Nadie puede ser compelido a participar en una mediación, ni menos a llegar a acuerdos. (Vargas Pavez, 2008)

Resultaría necesario que las partes estén motivadas para ser partícipes de un procedimiento de mediación, dado que se requiere su cooperación con el mediador para resolver la disputa, además del respeto mutuo durante y después del proceso, para que ello redunde finalmente, en el respeto de los acuerdos alcanzados. Requiere de las partes un ánimo colaborativo, una actitud activa, flexibilidad para escuchar y considerar las alternativas propuestas por el otro, y aceptar un punto de vista distinto.

Marinés Suares (2002) sostiene que la participación voluntaria es un elemento de la esencia y atribuye el éxito de los procesos de mediación, al hecho de que las partes que edificaron el acuerdo, concurrieron libremente al mismo.

➤ Informalidad. Los procedimientos de mediación, se presentan despojados de formalismos. Se llevan a cabo en una o varias audiencias donde se enfrentan cara a cara las partes, se exponen sus puntos de vista, puntos de conexión y distancia, y el mediador opera para que los interesados encuentren una solución, sin pasar por presentaciones de prueba ni evaluar la validez de las mismas, dado que nadie tiene que demostrar que tiene la razón.

➤ Autocomposición. Suele emplearse este término para referir a que el conflicto llega a su fin porque los involucrados así lo deciden y de una manera autónoma (y necesariamente libre).

Alvarado Velloso (1986) explica cuáles son las alternativas, señalando que, ante el conflicto las personas pueden:

1) autodefender, mediante el uso de la fuerza que, generalmente, y en nuestro Derecho es ilegítima, excepto en acotadísimas situaciones y respetando criterios de razonabilidad y proporcionalidad (como la legítima defensa)

2) autocomponer directamente y sin la intervención de un tercero, obteniendo un resultado consistente en uno de tres supuestos: allanamiento, desistimiento o transacción³⁰;

3) autocomponer indirectamente, o sea, con la ayuda de un tercero, mediante la aceptación mutua de la presencia de un hetero componedor (simple conciliador, mediador, facilitador) para que actuando como medio de acercamiento, los interesados lleguen a destrabar el conflicto mediante una autocomposición que operará como resultado en una de sus tres fórmulas conocidas (allanamiento, desistimiento, transacción);

4) heterocomponer, mediante la presentación espontánea de uno de los contendientes ante el órgano de justicia pública (juez) requiriendo una decisión que lo resuelva. De tal modo, dicha decisión opera como resultado (sentencia luego de proceso judicial). Es el típico método adversarial.

2. La mediación como mecanismo de administración de justicia.

Como se mencionó anteriormente, las características de la mediación dependerán de cómo está regulada la herramienta en cada legislación y en cada momento, ya que puede variar sensiblemente en cada caso.

Sería oportuno aclarar que los procedimientos de mediación, pueden ser ofrecidos por particulares. Existen profesionales del Derecho exclusivamente dedicados a ser mediadores en el ámbito privado, y ejercer su oficio en su estudio particular. En estos casos, quienes están interesados por dicho servicio, lo requieren y contratan como cualquier otro servicio profesional.

Por otro lado, la mediación puede ser ofrecida como un servicio prestado por el Estado, o en colaboración con organizaciones de la sociedad civil, sin estar incorporado en la estructura formal o institucional de administración de justicia,

³⁰ Estos son típicas formas de poner fin a un litigio judicial. El allanamiento supone que el demandado acepta sin más el reclamo del actor (persona que inicia un juicio); el desistimiento ocurre cuando el propio actor decide no continuar con el juicio; y la transacción es un acuerdo entre las partes para poner fin al juicio.

aunque los efectos prácticos de dichos procedimientos sea el de asignar justicia a casos concretos.³¹

Por último, la mediación puede utilizarse como mecanismo de solución de conflictos institucionalizado en el sistema formal de administración de justicia, y esto ocurre cuando el mismo se vincula al mecanismo judicial.³²

En este último caso, podría decirse que un buen diseño de la herramienta de mediación, sería aquel que potencie las virtudes que se le reconocen a la misma, generalmente enunciadas como ventajas comparativas como método alternativo al jurisdiccional. Podríamos enumerar los siguientes:

- Es un procedimiento más rápido, pueden terminar con el conflicto en pocos meses de haberse iniciado e inclusive puede resolverse en una única audiencia o reunión.

- Es más económico, los costos que requieren son inferiores a los de un procedimiento judicial, tanto para el particular como para el Estado.

- Es confidencial, no se trata de procedimientos públicos, lo actuado no se transcribe en un expediente -como los judiciales- y no se filtra información, que en algunos casos pertenece al ámbito privado que las personas quieren proteger.

- Es informal, aunque puede estar reglamentado el procedimiento, en general están regidos por el principio de la libertad de formas y dinamismo.

- Es flexible, en materia de discusión, de prueba, y de solución, ya que nada está predeterminado por un precedente legal, sino que todo lo actuado lo es en pos de alcanzar una solución.

- Está basada en la cooperación y la pacificación. En este sentido son convenientes porque la autocomposición en la solución impediría la recurrencia del conflicto, mejorando incluso la relación futura entre las partes.

Las virtudes enumeradas podrían ser consideradas como acertadas, aunque también se han formulado críticas a las herramientas alternativas de solución de

³¹ Como ejemplo, la Municipalidad de Santa Fe creó por Ordenanza 12331, la figura del mediador barrial'. El artículo 1 dispone: "Créase en el ámbito de la Municipalidad de la Ciudad de Santa Fe la figura del Mediador Barrial, quien actuará a solicitud de parte interesada como un tercero imparcial y neutral, propiciando la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución de conflictos interpersonales barriales"

³² La MPO forma parte de esta categoría.

conflictos, algunas de las cuales son presentadas, paradójicamente, por quienes las apoyan (Nava González, 2017). Por ello, podría decirse que un buen diseño de la herramienta de mediación, debería evitar ciertos efectos negativos que pueden traer aparejadas las políticas de creación e implementación de la misma. Por ejemplo las derivadas del apego a la autonomía de la voluntad y las que pueden constituirse como un obstáculo al acceso a la justicia formal, cuestiones que serán tratadas en el capítulo siguiente.

3. Antecedentes normativos directos.

La ley 13.151, que instituyó la MPO en la provincia de Santa Fe, forma parte de un proceso de institucionalización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en la sociedad argentina y que tuvo su puntapié inicial en la década del 90, con el diseño del Plan Nacional de Mediación o Programa Nacional de Mediación a cargo de una comisión creada a dicho efecto en el que los Jueces han tenido un rol protagónico.

Su principal objetivo fue instalar el mecanismo de mediación tanto de manera conexas al poder judicial, como también creando centros de mediación institucionales en el seno de organizaciones no gubernamentales, como colegios profesionales, fundaciones, asociaciones civiles

Ley nacional 24.573 de Mediación y Conciliación³³

Esta ley, que modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, fue sancionada a fines de 1995. Los rasgos distintivos de este cuerpo normativo relativos a la mediación, son los siguientes:

- Declaró la emergencia judicial, e instituyó por el término de cinco años la mediación previa a todo juicio con carácter obligatorio.
- Creó un registro de mediadores en el Ministerio de Justicia. Los mismos intervienen por sorteo judicial o por elección (mediación privada). El mediador debía ser abogado con dos años de antigüedad en el título y acreditar capacitación.
- El pedido de mediación judicial debía ser formalizado en las mesas de entradas de los juzgados respectivos (Civil, Comercial, Federal Civil y Comercial), y allí, previo pago de \$ 15 destinado al Fondo de Financiamiento, se le sortea, un

³³ Sancionada el 4/10/1995. Promulgada 25/10/1995. Publicada B.O. 27/10/1995

mediador, el juez y los funcionarios del ministerio público (defensor y fiscal) que intervendrán en el futuro.

- Estaban excluidas las causas penales, causas en que el Estado Nacional o sus entes sean parte, así como también algunas cuestiones de familia. En otras causas la mediación es optativa, tal es el caso de los desalojos.

- Las actuaciones eran confidenciales. El mediador atendía en sus oficinas, fijaba las audiencias en un plazo perentorio a las que las partes deben concurrir personalmente con patrocinio letrado, bajo apercibimiento de multa. Tenía amplia libertad para sesionar con las partes conjunta o separadamente, cuidando de no favorecer con su conducta a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad. Se fija un plazo total de 60 días para el trámite, salvo acuerdo de partes.

- El convenio celebrado en mediación tenía fuerza ejecutoria, sólo requería homologación judicial cuando estén en juego intereses de menores e incapaces.

- Los honorarios del mediador que se fijaban en \$ 150, \$ 300 o \$ 600 según el monto del acuerdo y debían ser cubiertos por las partes si había acuerdo. Si no lo hubiere, el Fondo de Financiamiento que se creó pagaba \$15 como adelanto y el saldo lo cobraría el mediador cuando se impongan las costas del juicio.

Cabe aclarar que esta norma fue modificada sustancialmente por la ley 26589³⁴, que introdujo algunas reformas al procedimiento.

Mediación Judicial en Santa Fe

Por acuerdo de la Excma. Corte Suprema de Justicia del 29.8.95, Acta Nro. 30, punto 17, se aprobó el reglamento de la mediación en el ámbito del Poder Judicial está sujeta a las siguientes disposiciones:

Tiene carácter voluntario y gratuito y aplicable a toda cuestión de carácter patrimonial o extrapatrimonial que sea susceptible de transacción siempre que no vulnere el orden público.

La mediación está a cargo de los Jueces Comunales; Jueces de Circuito cuando conforme a lo dispuesto en el art. 108 de la Ley 10.160, asuman la competencia de aquellos y los Defensores que indique el Ministerio Público y que cuenten con los requisitos de habilitación previstos en el presente reglamento.

³⁴ Sancionada el 15/04/2010. Promulgada el 03/05/2010. Publicada B.O. 06/05/2010.

Tienen carácter confidencial. Las partes, profesionales, mediador y todo aquel que intervenga en la mediación está ligado por el deber de confidencialidad el que se ratifica en la primera reunión de mediación mediante la suscripción del convenio respectivo.

El procedimiento está sujeto a las siguientes reglas:

a) El procedimiento que siguen los mediadores para la resolución de los conflictos, no se encuentran sujetos a formalidades legales estrictas, sino sólo a las características propias de la técnica de la mediación y a las normas administrativas que para su mejor desarrollo y control disponga esta Corte.

b) Será oral y no actuado, con excepción de la petición de mediación; nombre y apellido de las partes, domicilios, objeto y cuantía del reclamo en formulario tipo; convenio de confidencialidad, notificaciones, reuniones celebradas por el mediador -con la exclusiva mención de la fecha, hora de iniciación y de finalización y personas presentes-, acta de acuerdo -total o parcial- o de la imposibilidad de arribar al mismo; constancia sobre el grado de cumplimiento del convenio que se hubiere suscripto.

La mediación podrá ser solicitada por cualquiera de las partes interesadas en forma directa al mediador competente o en el supuesto de causas judiciales, indirectamente, por remisión del Juez interviniente.

Las partes podrán concurrir acompañadas de un profesional del derecho y en su caso, consultar con el mismo previo a la firma del convenio. Cualquiera de las partes, voluntariamente, podrá decidir la finalización de la mediación.

Capacitación y habilitación. La Corte Suprema de Justicia a través del Centro de Capacitación Judicial formará a los futuros mediadores y otorgará las respectivas habilitaciones para el ejercicio de la mediación. Hasta tanto dicho centro no entre en funciones se arbitraron las medidas necesarias para tal fin. A los efectos de la progresiva instrumentación la Corte Suprema de Justicia oportunamente determinará los Tribunales que podrá someter causas para la mediación. Teniendo en cuenta las características de la tarea a desarrollar el Tribunal fijará el número de causas a mediar de acuerdo con la estructura con la que se cuente.

CAPÍTULO IV. Aspectos críticos de la mediación.

“Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones, cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales” (Aristóteles)

1. Mediación, autocomposición e igualdad.

Los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo. Existe un condicionante en la pretensión de autocomponer, y es la necesaria calidad de pares que deben tener los intervinientes, o lo que es lo mismo, la igualdad de las partes. Sólo los iguales pueden autocomponer.

En consecuencia, queda planteada la necesidad de establecer límites en los sistemas de administración de justicia autocompositivos, ya que no se podrían utilizar para resolver conflictos no disponibles o que involucren el orden público³⁵, sin menoscabar principios y valores fundamentales del Estado social de Derecho.

Entendemos que la mediación debería ser sólo posible cuando los derechos discutidos son disponibles, por tratarse de derechos privados en los que las partes son dueñas de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Por ello, no habría reparo alguno, en que las partes en igualdad de condiciones, celebren un acuerdo en el ámbito de una mediación.

La disponibilidad encuentra su fundamento en tres causas: la naturaleza privada del derecho subjetivo; en la titularidad particular del mismo; y en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos.

Definir concretamente cuáles son los derechos disponibles y cuáles no, depende de cada legislación y cada momento histórico. Nuestro Código Civil y

³⁵ Entendemos al orden público, siguiendo a nuestro Superior Tribunal, como “(...) el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituida en una comunidad jurídica las cuales por afectar centralmente la organización de estos no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras. Las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales.” (SUMARIO DE FALLO de fecha 6 de Marzo de 2009, Id SAIJ: SU50007494)

Comercial de la Nación limita la disponibilidad de derechos en numerosos casos a lo largo de su articulado, por ejemplo:

Artículo 12.- *“Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.”;*

Artículo 1644.- *“No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos.”*

Cuando el Estado entiende que el ejercicio de un derecho tiene efectos más allá de su propio titular, y que en el ejercicio de ese derecho está involucrado el sistema de valores de la organización social, lo convierte en indisponible, de modo que no puedan las personas modificarlo ni renunciar al mismo.

De ello se deriva, que la discusión de derechos de carácter indisponible en el marco de un procedimiento de autocomposición, contradice los principios mismos por los cuales el Estado declaró la indisponibilidad.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia precisó que el legislador, al disponer que una ley es de orden público, es porque la cree contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad. El único garante de la aplicación de esos principios superiores, que hacen a la existencia y conservación de la sociedad, es el Estado a través de la función jurisdiccional (según lo analizamos en el capítulo I)

La igualdad entre las partes parece ser *conditio sine qua non* para el funcionamiento de la mediación de forma armoniosa con el Derecho argentino. El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra el principio de igualdad ante la ley, y debe ser interpretado como garantía de igualdad en iguales condiciones.³⁶

³⁶ Nuestra Corte ha dicho *“El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social”.* (www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF070004)

La libertad y dignidad del hombre sólo pueden hacerse operativos en un sistema republicano y democrático, y para asegurarlos debemos recurrir al esquema constitucional básico que es deber de los jueces garantizar.

Luego, ponemos en duda el sentido de lo justo que implica someter a negociaciones informales, derechos de las partes en conflicto, cuando están en una situación de evidente desigualdad, como es el caso de consumidor y empresa, ya que probablemente la voluntad del más débil acabe siendo manipulada. (Vargas, 2003).

Entre las relaciones jurídicas con rasgos de mayor desequilibrio entre las partes, podríamos citar las siguientes:

➤ La disparidad de recursos es una de las situaciones de desigualdad, y puede influir en el acuerdo de mediación de tres maneras según Fiss (1984): en primer lugar la parte con menos recursos no tiene acceso a la información y al análisis de la misma que resultaría necesario para comprender su posible situación jurídica e intentar predecir un futuro resultado judicial, o sea, desconoce sus posibilidades de éxito en sede judicial; en segundo lugar, la parte más débil puede estar actuando en estado de necesidad, aceptando condiciones que no les son beneficiosas, aceptando un acuerdo sólo por necesitar el dinero o bienes reclamados de manera urgente o imperiosa; por último la parte con menos recursos puede ser coaccionada a llegar a un acuerdo por carecer de los medios económicos para afrontar un litigio (fundamentalmente como demandado). Cualquiera de estas tres situaciones resultan socialmente disvaliosas.

Dentro del derecho privado, y más allá del ámbito contractual, existen derechos indisponibles, por ejemplo en las relaciones de familia, en las que en muchas ocasiones las posibilidades de autocomposición son limitadas si tenemos en cuenta que involucran a personas en situación de vulnerabilidad, como ser menores o mujeres.

➤ Los menores son sujetos cuya protección está garantizada por el Estado, en virtud de una frondosa legislación nacional y provincial e incluso normas de la Constitución Nacional. Por enumerar algunas normas, Convención sobre los derechos

del niño³⁷; Ley nacional 26.061³⁸ de protección integral de niños, niñas y adolescentes; Reglas mínimas de Beijing³⁹.

El artículo 32 de la ley 26.061 dispone:

“Conformación. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional”

Cabría preguntarse ¿qué posibilidades de autocomposición existirían al momento de discutir derechos de los menores en las relaciones de familia? Teniendo en cuenta que los menores son representados por sus progenitores, ¿sería posible que los derechos de un menor sean debatido en mediación entre sus padres, sin intervención de algún organismo estatal? Entendemos que no.

➤ Las situación de la mujer frente al hombre, es desigual⁴⁰. Esta posición se traduce en hechos muy sutiles y diversificados en la realidad cotidiana de las relaciones de familia, que van más allá de la dependencia económica.

“ A veces, la mujer tiene independencia económica, pero deja en manos del marido las decisiones trascendentales o incluso cotidianas, sea porque está dedicada a otra actividad, por razones culturales o de otro carácter. Todos estos aspectos deben ser meritados, especialmente en grupos sociales en los cuales, aún hoy, hay preeminencia del hombre y se relega a la mujer a roles menos significativos. ” (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

En este sentido el ordenamiento argentino es cuidadoso, dado que si bien reconoce mayores ámbitos de actuación a las personas en sus relaciones de familia

³⁷ Ley 23849. Sancionada en fecha 27/09/1990, promulgada de hecho en fecha 16/10/1990. Publicada B.O. 22/10/1990

³⁸ Sancionada 28/09/2005, promulgada 21/10/2005. Publicada B.O. en fecha 26/10/2005.

³⁹ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

⁴⁰ Ver <https://economiafeminista.com/la-desigualdad-de-genero-se-puede-medir-3/>; <https://actualidadhumanitaria.com/la-desigualdad-de-genero-en-diez-datos/>; <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/3boletinestadisticasdegenero.pdf>

(respecto a su antecesor), establece límites de manera constante. Ello se observa por ejemplo en el artículo 438 del Código Civil y Comercial de la Nación.

“Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. (...) Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez (...)”

Cabe nuevamente preguntarse: ¿Puede autocomponer un conflicto una mujer con quien fuera su pareja, teniendo en cuenta la situación desigual existente? Entendemos que no.

El Estado, mediante su sistema de administración de justicia, debería contribuir de forma permanente y ser activo en políticas que aseguren la reducción de desigualdades sociales, favoreciendo de esta manera la cohesión social.

El límite a las posibilidades de la autocomposición debe estar dado por la disponibilidad de los derechos. Donde existe un derecho indisponible, no debería existir mediación como mecanismo institucionalizado de administración de justicia.

2. Las consecuencias de la obligatoriedad y la onerosidad.

2.1. ¿Obstaculización del acceso a la justicia?

La obligatoriedad de la mediación abre un interrogante vinculado a su naturaleza esencialmente voluntaria según se señaló en el capítulo anterior. ¿Es posible la mediación obligatoria?

Entre los fundamentos a favor de la obligatoriedad se argumenta que es necesario dicho carácter para lograr el efecto buscado, esto es, crear una nueva cultura que disminuyera el grado de litigiosidad imperante en la sociedad. Además, esta postura entiende que no debería considerarse como una restricción al acceso jurisdiccional, ya que si las partes no tienen voluntad negociadora, sólo se les impondría una etapa previa, una vez concluída, quedaría expedita la vía judicial. Estos fueron los argumentos de nuestra primera ley nacional de mediación.⁴¹ También se argumenta que lo obligatorio es “la instancia” y no la mediación en sí. Una vez cumplimentado el

⁴¹ Ver Antecedentes Parlamentarios. La Ley Año 1995, Nº 9.

requisito de instar (peticionar, iniciar, poner en marcha el procedimiento) las partes son libres de permanecer en ella o no.

Aún teniendo en cuenta los argumentos planteados en el párrafo anterior, podría entenderse que en aquellos sistemas en los que se implementa el procedimiento de mediación como condicionante de la vía judicial, existiría en la práctica una obstaculización o demora para el acceso a la justicia (vía judicial), ya que se condiciona a los justiciables para dicho acceso ante los organismos instituidos para desempeñar la función jurisdiccional, sin acreditar previamente, haber intentado solucionar su conflicto mediante un procedimiento de mediación.

La instancia obligatoria de mediación, abre dos posibilidades:

1) Que el conflicto se solucione efectivamente, lo que equivaldría a la satisfacción del justiciable, ya que encontró en la mediación un procedimiento que despliega todas sus virtudes (rápido, económico, privado y autocompositivo)

2) Que el conflicto no se solucione por alguno de los siguientes motivos: no se presentó la otra parte a la audiencia, no se encontró el domicilio donde notificar a la otra parte, la otra parte asistió pero está firme en su posición y prefiere esperar que un juez resuelva el conflicto, que después de varios meses de negociación no se llegue a un acuerdo, que se llegue a un acuerdo pero que luego no se cumpla. Esto equivaldría, en la práctica, a la insatisfacción del justiciable que fue obligado a someter su conflicto a un procedimiento que le produjo pérdida de tiempo, energía y frecuentemente dinero.

2.2 ¿Desincentivo para resolver el conflicto?

Conocer los motivos por los cuales las personas se ajustan o no al cumplimiento de las normas y de sus obligaciones, se presenta como una limitación para la investigación, ya que pertenecen al fuero interno de las mismas e intentar transformarlo en un dato objetivo es prácticamente imposible. No obstante ello los *'policy makers'* recurren a diversos incentivos para inducir a las personas para que adecúen su conducta hacia los fines perseguidos por la política.

Los incentivos no siempre surgen espontáneamente, sino que deben ser diseñados específicamente para cada caso y dependiendo de los efectos que se quieran alcanzar. Las políticas públicas deben ir acompañadas de una correcta

combinación y aplicación de incentivos, que actúan como mecanismos de *enforcement* para la efectiva aplicación y cumplimiento de la misma.

Retomando la institucionalización de la mediación en un sistema de administración de justicia, si al carácter de obligatorio y previo a la vía judicial, le agregamos el de la onerosidad del procedimiento, esto es, que deba ser costado por quien lo insta, podría configurarse un verdadero incentivo para abandonar la búsqueda de solución de su conflicto, o lo que es peor, un desincentivo para intentar la tutela efectiva del Estado. El resultado negativo de un mero análisis de conveniencia o costo/beneficio realizado por los ciudadanos, puede configurar el desincentivo mencionado.

Los gobiernos, generalmente, requieren la elaboración de instrumentos normativos (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones) para hacer operativas las políticas públicas que pretenda implementar, y dichas normas regulan la conducta de los ciudadanos en relación a la porción de realidad sobre la que opera la política en cuestión.

En esta línea, podríamos tomar alguno de los postulados del análisis económico del derecho como sistema teórico dirigido a entender, explicar y eventualmente criticar el orden jurídico aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía, ya sea con una finalidad meramente cognoscitiva o bien, práctica. (Pascual, 2014)

Siguiendo a Sola (2009), el análisis económico del derecho importa determinar cómo funcionan los incentivos y desincentivos que las personas tienen frente a las normas jurídicas. Es un análisis de los incentivos, evidentes u ocultos, que crean las normas jurídicas para determinar sus consecuencias..

El modelo utilizado para este tipo de análisis es el propuesto por la teoría racional, que consiste en suponer que los individuos toman decisiones perfectamente racionales, libres de errores lógicos, coherentes con sus preferencias, que son estables y consistentes. Supone que las personas al momento de realizar sus elecciones, formularía un análisis de los costos y beneficios que les aparejaría cada una de las opciones y finalmente escogerían aquel que maximiza su utilidad esperada.⁴²

⁴² El análisis económico del derecho puede ser realizado desde una óptica positiva o desde una óptica normativa. (Pascual, 2014) El análisis positivo estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez; o sea, cómo asignan sus limitados recursos. Consiste en analizar cuáles son o

En este sentido, podríamos evaluar si una norma jurídica incluye los incentivos adecuados para que las personas elijan adoptar una conducta coherente con el fin de la política pública. Por ejemplo, en nuestro caso de análisis, la norma (ley 13.151 y decretos reglamentarios) debería contener los elementos necesarios para que la conducta de las personas sea elegir el mecanismo de mediación para solucionar sus conflictos y así lograr una administración de justicia de calidad.

Cuando realizamos este ejercicio de analizar el objetivo esperado y su relación con la norma dictada al efecto, pueden ocurrir dos cosas: que las dos coincidan o que difieran. En este último caso la solución jurídica no reviste caracteres de eficiencia, ya que imponen mayores costos agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes. Las soluciones ineficientes tienen mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las eficientes, cuyas perspectivas de perdurar son mejores.

“Cabría analizar, por ejemplo, el impacto que diferentes reglas de imposición de costas procesales —vencimiento, temeridad, no hay condena en costas, etc.— puedan tener o hayan tenido sobre la conducta procesal y extraprocesal de los justiciables, en particular sobre las decisiones que éstos han de adoptar en relación con: el nivel de cuidado y la frecuencia con los que realizan las actividades que pueden desembocar en un pleito; el surgimiento de un litigio; los recursos destinados a tratar de ganarlo; su terminación mediante allanamiento, desistimiento o transacción, (...)” (Pascual, 2014)

3. Otras críticas formuladas a la mediación.

Además de los inconvenientes anteriormente señalados, se han formulado las siguientes críticas a la mediación como mecanismo de administración de justicia:

➤ Puede interpretarse que la implementación de la mediación en el sistema de administración de justicia podría aparejar una lesión al derecho a la defensa,

pueden ser las consecuencias reales de las normas jurídicas, precisar cómo reaccionarán los individuos o agentes frente a una determinada norma y cuáles serán los costos y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción. El análisis normativo trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines. En consecuencia, estudiaría qué es lo que los agentes y operadores jurídicos (legisladores, burócratas, jueces, y justiciables.), teniendo en cuenta las consecuencias esperadas de las diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias.

sobre todo cuando se la acepta sin la intervención de personas especializadas asesorando a las partes y con mediadores sin formación jurídica.

➤ Los mecanismos alternativos no crean precedente alguno -como la Sentencia-⁴³, de modo que los conflictos con iguales componentes se resolverían de diferentes maneras. En este sentido, agrega Fiss (1984), la función de los tribunales al dictar Sentencia, excede el de la mera solución del conflicto, ya que sus sentencias tienen dimensiones sociales. Piénsese solamente cuántos cambios han operado en el derecho a partir de una sentencias judiciales innovadoras.

➤ La sentencia por otro lado, como expresión formal de la actividad jurisdiccional, es expresión concreta del rol de los jueces como garantes de la igualdad social. Al respecto Fiss (1984)

"(...) Entiendo la Sentencia en términos públicos, el litigio civil es un convenio institucional para utilizar el poder del Estado para traer a la realidad recalcitrante lo más cerca de los ideales que elegimos. Recurrimos a los tribunales porque necesitamos hacerlo, y no debido a una peculiaridad de nuestra personalidad."⁴⁴ (...)"

➤ No existiría un convencimiento en la sociedad en cuanto a las bondades o utilidad de las herramientas. Según un informe realizado en el 2001 por el Consejo permanente de la Organización de Estados Americanos, relevó que

"(...) en más de la mitad de los países consultados, los MARC⁴⁵ en cuanto tales, están reconocidos a nivel Constitucional. En todos ellos hay leyes o reglamentos específicos referidos a alguna de las modalidades de MARC Se trata de legislaciones recientes en el caso de la Mediación y de la Conciliación, y de más tiempo en el caso del Arbitraje.(...) "

Sin perjuicio del reconocimiento legal e institucional, no parecería existir un reconocimiento sobre la eficacia de la mediación entre los operadores, quizás por la forma en que está implementada, los resultados obtenidos. Antes de su

⁴³ Hablamos de precedente judicial cuando una decisión de un tribunal constituye una autoridad obligatoria para el mismo tribunal y para otros de igual o inferior rango. Los precedentes pueden tener una triple relevancia: como fuente formal de derecho; como fuente material y como argumento judicial. (Iturralde, 2013)

⁴⁴ En respuesta a quienes plantean que la cultura de la litigiosidad existe por el tipo de personalidad individualista, competitiva y exitista.

⁴⁵ MARC: mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

implementación, ya existía escasa legitimación social y cultural respecto a la mediación

46

Al respecto, en precitado informe de OEA,

“La consideración y valoración de los MARC por parte de la institucionalidad gubernamental tanto del sector justicia como del sector educación, no ha sido suficiente. Su sustentabilidad y la participación y la satisfacción ciudadanas en los procesos democráticos requieren de una construcción social de la justicia, cada vez más cercana y accesible para las personas. La consideración y valoración de las múltiples experiencias y prácticas, necesitan de importantes procesos previos de evaluación y sistematización. La coordinación, la complementariedad y colaboración entre unas y otras es posible, pero requiere el saber y poder identificarlas y conocerlas.”

Casi veinte (20) años después de dicho informe la situación no parecería haber cambiado sustancialmente. En nuestro país han proliferado leyes nacionales y provinciales que imponen la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, pero a la luz de los resultados, no se advertiría una opinión favorable respecto a la eficacia de la misma como elemento para la cohesión social.

⁴⁶ Datos vertidos en la parte de investigación.

CAPÍTULO V. Políticas públicas y su análisis.

“El bien se deriva de la ciencia soberana, de la ciencia más fundamental de todas; y esta es precisamente la ciencia política. Ella se sirve de todas las ciencias prácticas y prescribe también en nombre de la ley lo que se debe hacer y lo que se debe evitar;” (Aristóteles)

1. Políticas públicas. Un acercamiento a su definición.

El análisis de nuestro caso debería basarse en alguno de los enfoques teóricos o marcos analíticos ofrecidos por los estudiosos de las políticas públicas, dada la dificultad lógica de comprender un fenómeno tan complejo como la actividad gubernamental. (Hernández, 1999)

Algunas definiciones de políticas públicas han sido las siguientes:

Para Tomas Dye (1976),

“Política pública es todo aquello que el gobierno decide hacer o no hacer.”

Meny y Thoenig (1992) definen las políticas públicas como

"Los programas de acción de una autoridad pública en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico".

Las políticas son programas de acción de producción de actividad gubernamental (producto) en pos de la producción de impactos (efectos). Toda política se dirige a alterar el estado natural de los fenómenos y el análisis de políticas busca comprender cómo y por qué la actividad gubernamental engendra (o no) estos cambios o impactos previstos. (Meny y Thoenig, 1992)

Rase, citado por Tamayo Sáez (1997) refiere a que

“Los gobiernos no son más que conjuntos de organizaciones –ministerios, concejalías, empresas públicas, juzgados, escuelas, hospitales, etcétera– que combinan recursos –normativos, humanos, financieros y tecnológicos– y los transforman en políticas, en programas públicos, en servicios, en productos, para atender los problemas de los ciudadanos, controlar sus comportamientos, satisfacer sus demandas y, en definitiva, lograr unos impactos –objetivos– sociales, políticos y económicos”

Tamayo Sáez (1997) la define como

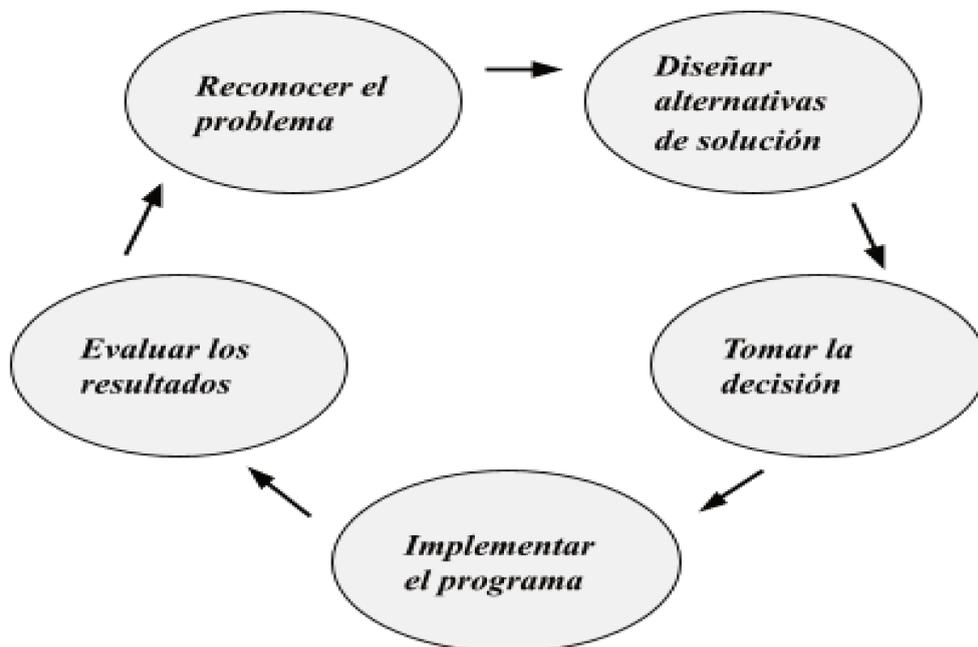
“El conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que, en un momento determinado, tanto los ciudadanos como el propio gobierno consideran prioritarios”

Continúa dicho autor con la idea de la política pública como un proceso, que se inicia cuando un gobierno detecta la existencia de un problema que es considerado como importante y merecedor de atención y termina con la evaluación de los resultados, efectos e impactos que han tenido las acciones gubernamental para eliminar, mitigar o variar ese problema.

Para Aguilar Villanueva (2009) una política pública es:

“a) un conjunto (secuencia, sistema, ciclo) de acciones, estructuradas en modo intencional y causal, que se orientan a realizar objetivos considerados de valor para la sociedad o a resolver problemas cuya solución es considerada de interés o beneficio público; b) acciones cuya intencionalidad y causalidad han sido definidas por la interlocución que ha tenido lugar entre el gobierno y los sectores de la ciudadanía; c) acciones que han sido decididas por autoridades públicas legítimas; d) acciones que son ejecutadas por actores gubernamentales o por éstos en asociación con actores sociales (económicos, civiles), y e) que dan origen o forman un patrón de comportamiento del gobierno y la sociedad.”

2. Ciclos de la política pública.



Las políticas públicas podrían ser analizadas como un proceso de varias etapas, que comienza en el reconocimiento de un problema, diseño de las

posibles estrategias para solucionar el problema, la elección por uno de los proyectos diseñados, la implementación del programa⁴⁷ y finalmente la evaluación. No son etapas causales y consecutivas. Son momentos analíticos, de calidad y duración heterogéneas. Las fases del ciclo son interdependientes.

2.1 Influencias teóricas.

➤ La teoría racional: El modelo ha sido influenciado por la teoría racional, o de la elección racional, la cual presupone que quienes intervienen en la 'making' de las políticas públicas, son actores racionales (Guy Peters, 1992).

En ese sentido, la implementación de una política pública, debería basarse en las siguientes premisas: el problema debe estar bien definido; debe existir una selección integral de las alternativas a considerar; debe existir información plena; debe existir información plena sobre todas las consecuencias posibles de cada una de las alternativas de política pública; debe existir información plena de los valores y preferencias de los ciudadanos; debe contarse con tiempos, capacidades y recursos adecuados. (Forester, 1984)

Charles Lindblom (1963), elaboró una crítica a la teoría de la elección racional, aportando su visión sobre la forma en que se toman las decisiones en el sector público en la práctica. Plantea que los 'policy makers' están más cerca de 'ingeniárselas para hacer algo (they muddle through)', que de buscar y encontrar soluciones perfectas tal cual suponía la elección racional. Partiendo de ese punto la decisión pública no sería podría ser exitosamente analizada con fundamentos racionales individuales, porque difícilmente puedan tenerse claras todas las alternativas posibles clasificadas en un orden de conveniencia decreciente, por el contrario, en general las decisiones se toman en contextos en el que intervienen múltiples actores y presiones, tiempo escaso e información incompleta.

➤ Teoría de los grupos: Esta teoría promovía la idea de que el sistema político estaba compuesto, además de individuos, por grupos. David Truman (1951) define a los grupos (de interés del sistema político) como todos aquellos que,

⁴⁷ La política pública se diferencia de un programa pública en que un programa es una intervención pública directa sobre una realidad social, que se usa, en conjunto con otros programas para implementar una política.

basándose en una o varias actitudes compartidas, llevan adelante reivindicaciones ante los demás grupos de la sociedad, ya sea para el establecimiento, mantenimiento o ampliación de las formas de conducta que son inherentes a las actitudes compartidas. Algunos de estos grupos están politizados y ejercen poder sobre sus miembros, sobre el gobierno y los partidos políticos e incluso entre sí, por lo que hay competencia entre ellos. La decisión pública, por ende, es resultante de las interacciones entre éstos grupos, que lógicamente protegerán sus propios intereses.

➤ La teoría sistémica: Parte de sistema utilizada por la biología. Dentro de la ciencia política, el autor más influyente de esta escuela probablemente sea David Easton (1965), quien usó la metáfora del sistema político como una caja negra, que recibe insumos o demandas (inputs) y los transforma en productos como leyes, decisiones, políticas públicas (outputs). Tales productos impactan sobre la sociedad, en distinto grado, generando nuevamente demandas que dan lugar a una retroalimentación, por lo que el ciclo se reinicia continuamente.

2.2. Los ciclos.

Los modelos de ciclos partirían, fundamentalmente, de una visión del proceso de producción de políticas públicas centrada sobre la resolución de problemas, y entre las etapas encontramos generalmente las siguientes: reconocimiento del problema (formación de la agenda); propuesta de soluciones (diseño de las posibles políticas o programas); selección de la mejor opción (decisión); aplicación del programa (implementación); apreciación de los resultados (evaluación).

1) Reconocimiento del problema.

Tamayo Saez (1997) plantea que

“(...) los problemas no existen, sino que son contruidos, definidos subjetiva e interesadamente por un observador. Actores distintos entenderán el problema planteado de manera diferente, reflejando en sus respectivas definiciones sus propios intereses y valores. Por ello los gestores públicos deben ser conscientes de que su visión del problema es sólo una de las posibles y no tiene por qué ser siempre la más correcta. De hecho, una medida conveniente para mejorar la calidad de la definición es preguntarse cómo entienden el problema otros actores –los usuarios directos e indirectos, los proveedores y los oponentes a la política, entre otros–.(...)”

En esta etapa resultaría importante identificar a los actores con algún tipo de intereses en el problema y poder conocer sus definiciones, sus percepciones, sus posturas y la forma en que ven el problema.

Existen diversas formas de detectar problemas, los burócratas a cargo de funciones directivas deberían funcionar como antena para la detección temprana; el trabajo en redes institucionales de cooperación público privado; la consideración de la opinión de los clientes, usuarios, ciudadanos en forma directa o estableciendo oficinas que recojan reclamos y opiniones de los mismos; la evaluación de políticas y programas en funcionamiento.

Jones (1970) atribuye también un papel determinante a la opinión pública, entendiendo que los problemas públicos son aquellos que la opinión pública percibe como tales, convirtiéndolas en demandas. Las demandas son acercadas a los decisores y estos actúan sobre la misma afectando el problema público como una especie de respuesta. La opinión pública volverá a reaccionar ante la respuesta y las demandas emergerán nuevamente, generando un nuevo ciclo.

La construcción de agenda política está íntimamente vinculada con los problemas reconocidos, siendo una cuestión netamente política la elección de cuál de los problemas merece atención, o en qué orden de prioridad los ubica.

2) Diseño de la solución.

“Esta etapa se corresponde con la identificación de distintos cursos de acción y con la construcción de escenarios prospectivos que indiquen los horizontes de factibilidad y las consecuencias probables de cada una de las opciones identificadas para la resolución de los problemas.” (Jaime, 2013)

Se han generado dos corrientes principales de análisis: el racionalismo y el incrementalismo.

➤ El racionalismo o modelo racional, otorga protagonismo a un conjunto de técnicas y métodos que lleven a encontrar la mejor solución para resolver un problema presentado. Herbert Simon (1957) plantea que el proceso comienza estableciendo las metas y objetivos a lograr con la política pública, ordenándolos según su importancia; identificar todas las alternativas posibles para lograr los objetivos; para optar entre las distintas alternativas, el decisor debe valorar los efectos de cada una de ellas, saber qué ocurrirá si se elige una alternativa, si se alcanzarán los objetivos y con

qué costos y beneficios. La principal crítica que se le formula al modelo racional es que no puede adaptarse al modo que funcionan los procesos en la realidad, ya que lo habitual es que los decisores tengan que continuar los programas del equipo de gobierno anterior, tratar problemas que ya estaban siendo tratados.. Como señala Lindblom (1990), las decisiones no son más que ajustes marginales sobre políticas ya en marcha.

➤ El modelo incremental, es pragmático y se basa, en buena medida, en la observación del comportamiento cotidiano de los policy makers. Argumenta que las decisiones sobre las políticas son, ante todo, prácticas y no están fundadas en relaciones causales bien estudiadas, ni en cálculos exhaustivos de costos y beneficios, sino en el método de las aproximaciones sucesivas y limitadas. La idea básica del incrementalismo es que, cuanto más se aleje una alternativa de las políticas conocidas, más difícil es anticipar sus consecuencias e impactos, más complejo es ganar apoyos para sustentar su elección y, por tanto, es menos viable políticamente. Enfatiza en exceso el factor de viabilidad política como criterio definitorio de lo que es una política adecuada.

3) Decisión.

Constituye la etapa en la que se elige la mejor de las opciones para solucionar el problema, y se procede a darle la investidura o legitimación necesaria que el caso demande. En general se trata del dictado de leyes o actos administrativos, según de qué política se trate.

Junto con las etapas previas, lo decisonal fue el fenómeno más estudiado desde el inicio de las ciencias políticas hasta mediados de los 70, cuando comienza a aparecer un mayor interés en lo postdecisonal. Quizás se debió a la percepción de que las políticas públicas fracasaban por fallas en la etapa de aplicación o implementación y no en la decisión.

4) Implementación⁴⁸.

Comprende las actividades desarrolladas para alcanzar los efectos buscados por la intervención públicas. Para ello se utilización estructuras

⁴⁸ El abordaje de los enfoques sobre implementación exceden el marco del trabajo. Sólo se toman conceptos que han sido utilizados para la investigación y análisis de nuestro caso. Para ampliar sobre los abordajes teóricos sobre la implementación: Jaime (2013), Tamayo Saez (1997)

institucionales, recursos humanos y económicos, ya sea para desarrollar la política o supervisar la gestión privada encargada de la puesta en marcha.

Supone una cadena de sucesos que se inicia cuando se produce la sanción de la decisión y que concluye cuando la enunciación de la política es abandonada, finalizada o transformada. Por ello la implementación suele tener un comienzo preciso, pero tiene un final difuso, pues este remite tanto al impacto sobre la sociedad como a su inmersión en el proceso constante de reformulación y revisión de las políticas.

Existe cierto consenso en torno a cuáles son los factores más relevantes para aumentar las posibilidades de éxito en la implementación.

→ La razonabilidad o pertinencia entre el planteo del problema, la realidad del problema y los objetivos de la política.

→ Legitimidad o consenso que haya concitado la política pública. La necesidad de legitimidad requiere establecer mecanismos para la participación de los destinatarios en el diseño e implementación.

→ Disponibilidad de recursos, toda política supone la movilización de poder, recursos y capacidades que permitan garantizar la implementación.

→ Liderazgo del proceso, supone la necesidad de coordinar y articular el comportamiento de los múltiples actores y organizaciones intervinientes.

→ Capacidades estratégicas y organizacionales.

5) Evaluación.

Evaluar implica en el ámbito de las políticas, identificar los efectos que pueden atribuirse a la intervención gubernamental en un determinado campo social o entorno físico. (Meny y Thoening, 1992)

La evaluación puede hacerse en todas las etapas del ciclo de políticas públicas, por ejemplo, se evalúa la necesidad de intervenir en una situación problemática, se evalúa la viabilidad de un plan de acción en un contexto dado, se evalúan procesos de implementación anteriores, y finalmente se evalúan los resultados.

En general en la evaluación de resultados de la política pública se distingue la evaluación de eficacia y la evaluación de calidad.

→ Evaluación de la eficacia/impacto:

La evaluación de eficacia facilita información sobre los efectos producidos por la política pública e intenta mostrar en qué medida esos efectos se deben a la política implantada y no a otras causas, como podrían ser las variaciones en el problema, la intervención de otra política o cambios en las condiciones sociales.

Intenta medir la eficacia de la política pública, o sea su capacidad para obtener los objetivos de su implementación. Además puede aportar datos sobre la eficiencia del sistema en la consecución de los objetivos, o sea, su relación costos/beneficios. Los resultados de la evaluación de impacto se utilizan para responder, con mayor grado de certeza, a preguntas sobre la conveniencia de continuar actuando sobre el problema y, en su caso, sobre la adecuación de la actual política.

→ Evaluación de la calidad

La evaluación de calidad tiene como objetivo principal conocer si la política produce los beneficios esperados por los distintos actores que participan en el proceso. Considera integralmente el proceso de política pública e intenta mostrar las conexiones entre sus distintos elementos y la satisfacción de las expectativas de los usuarios y clientes de la política pública

Una política puede ser muy eficaz, alcanzando todos los objetivos esperados por los formuladores, sin acertar a cubrir las expectativas y demandas de los ciudadanos.

Se diferencia de otros tipos de evaluación porque utiliza los valores de los usuarios como criterio para valorar la política, negando un papel protagonista a los objetivos y metas de los responsables de ésta.

2.3. Críticas al modelo de ciclos.

Las críticas más elaboradas al modelo de ciclos (o secuencial) provinieron de cuatro autores: Robert Nakamura (1987), Paul Sabatier (1988, 1991) Deborah Stone (1989) y Peter John (1998), quienes sostienen que el modelo secuencial ha generado una visión artificial sobre el proceso de las políticas, que no permite dar cuenta de la complejidad que caracteriza al proceso real.

En la misma Hernández (1999) plantea la posibilidad de una interpretación errada e inocente el proceso de producción de políticas, como por ejemplo pensar que la persona encargada de diseñar las políticas (policy-maker) actúa siempre en pos de resolver problemas, y que para ello sigue un procedimiento lineal y sistemático. (Hernández, 1999)

A pesar de diversas críticas formuladas al modelo secuencial, que incluso ha sido llamado 'modelo de manual' (Nakamura, 1987), creemos que constituye una herramienta de análisis científico y pedagógico, cuya principal utilidad es brindar la posibilidad de fraccionar la realidad y simplificarla, y permitir el análisis de la misma. Siendo siempre conscientes de sus limitaciones, y entendiendo que el modelo nunca manda sobre la realidad (Guy Peters, 1992), podría ser utilizado como una brújula para orientarse en una realidad que se presenta plagada de complejidad.

Siguiendo a Estévez (2012) pensamos que el modelo de ciclos es una buena carta para orientarnos en el territorio de las políticas públicas. Pero el mapa, no es el territorio, sino una representación del mismo.

Resumen marco teórico.

-La administración formal de justicia, es llevada a cabo en los Estados de Derecho organizados en forma republicana por el Poder Judicial, titular de la función jurisdiccional.

-La función jurisdiccional resulta el único camino válido de tutela efectiva de derechos, cuando los mismos han sido afectados o lesionados. Mediante la función jurisdiccional, el Estado a través de un funcionario designado al efecto, aplica el Derecho.

-La función jurisdiccional no se agota en la aplicación mecánica del derecho, sino que además, es la garantía de ajuste entre la ley y la justicia, que a veces pueden no coincidir. Es aquí como el Estado cumple con su rol de igualador.

- Dada la importancia de dicha función, existe como contracara, el derecho de todos los ciudadanos a la Jurisdicción, también conocido como derecho al acceso a la justicia.

-Este derecho tiene dos dimensiones, uno es el acceso efectivo a la jurisdicción ante el derecho lesionado; y otra es el derecho de los ciudadanos a contar con una organización de administración de justicia preparada y eficaz para el caso de requerirla.

-La Administración de Justicia mediante el método jurisdiccional, en la práctica presenta algunos inconvenientes que la distancian de su objetivo primordial, cual es precisamente, asignar justicia a los casos particulares.

-Los grandes fallos del sistema judicial, son la dilación de los plazos, la onerosidad y la publicidad de los procedimientos, generalmente provocado por una sobrecarga de causas en el sistema judicial.

-Surge la necesidad de redefinir los objetivos de las políticas públicas en materia de justicia, pudiendo orientarse en dos sentidos: reforzando el método jurisdiccional o avanzando hacia una ampliación del menú de mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo que abre la puerta a los procesos de desjudicialización.

-Entre los métodos alternativos de administración de justicia se encuentran el arbitraje, la conciliación, la mediación y la facilitación, y toda forma de resolución de

conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto.

-Se caracterizan por la consagración de la autonomía de la voluntad a la hora de resolver conflictos, una resignificación en el rol de las personas afectadas por el conflicto, quienes cobran un rol protagonista para su solución.

-Las características particulares de las herramientas de resolución alternativa de conflictos, no podrían formularse con carácter de universalidad, ya que la implementación de las mismas cambia de una legislación a otra.

-La mediación es un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren «voluntariamente» a una tercera persona «imparcial», el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio

-Las principales características de la herramienta como método de solución de conflictos, son la voluntariedad de las partes para someterse al procedimiento; la informalidad del mecanismo en cuanto a la flexibilidad de formas para lograr un acuerdo; la autocomposición en la obtención de la solución, los involucrados en el conflicto elaboran la solución del mismo.

-Cuando se incorpora la mediación como mecanismo institucionalizado de administración de justicia, la ley de creación y reglamentación será la que delinee las características propias en el caso.

-Un buen diseño de la mediación como política de desjudicialización sería aquella que potencie las virtudes que se le reconocen sobre todo como ventajas comparativas ante el método jurisdiccional. En este sentido la mediación debería ser más rápida a la hora de solucionar un conflicto, debería ser más económica, debería ser confidencial, debería ser voluntaria, debería ser informal, debería ser voluntaria, y sobre todo debería tender a asegurar la tutela de los derechos de los ciudadanos en particular, y de las personas en situación de vulnerabilidad en particular. Todo ello a efectos de que se constituya como una herramienta eficaz y justa para solucionar conflictos.

-La institucionalización de la mediación en un sistema de administración de justicia debería, también, conjugar armónicamente, la naturaleza de la herramienta de otorgar un amplio margen de actuación a la autonomía y voluntad de las partes por un lado, y la vocación protectoria del Estado ante determinadas situaciones en las que se anula la

virtualidad de la autonomía de la voluntad, por ejemplo en la relaciones de consumo, en las relaciones de familia, o en general, cuando se involucran personas en situación de vulnerabilidad.

-Del mismo modo, la institucionalización de la mediación debería implementarse de manera tal que no configure un obstáculo, dificultad, o mayor onerosidad para acceso a la justicia: Lo contrario implicaría menoscabar el derecho a la jurisdicción de los ciudadanos, que debe ser entendido como uno de los derechos humanos fundamentales, ya que es el que hace operativos al resto de los derechos.

-Como antecedentes directos a nuestro sistema provincial de MPO, encontramos al sistema nacional instaurado por ley 24.573, que era obligatoria y previa a la causa judicial, el pago de los honorarios del mediador corresponde a los justiciables solo en caso de arribarse a acuerdo. Esta ley fue modificada y el sistema cambió en algunas cuestiones, sobre todo vinculadas al financiamiento.

-También contamos entre los antecedente con el sistema de mediación judicial implementado por el Poder Judicial de la provincia en el año 1999 y que tiene carácter gratuito y voluntario para los justiciables. Se encuentra vigente hasta el día de hoy.

-Resulta necesario para el análisis de nuestro estudio de caso delimitar el enfoque teórico o marco analítico a emplearse, dada la variedad de los ofrecidos por los estudiosos de las políticas públicas, y la dificultad lógica de comprender un fenómeno tan complejo como la actividad gubernamental.

-Una política pública podría definirse como un proceso, que se inicia cuando un gobierno detecta la existencia de un problema que es considerado como importante y merecedor de atención y termina con la evaluación de los resultados, efectos e impactos que han tenido las acciones gubernamental para eliminar, mitigar o variar ese problema.

-Guy Peters (1992) "El Modelo Secuencial es un modelo genérico para la comprensión de políticas públicas, cuyo eje central es la idea de que la hechura de las políticas públicas (policy-making) se inicia con una fase de identificación del problema y, luego, atraviesa una serie de etapas que se espera concluyan en una evaluación, a partir de la cual podría tener lugar una reformulación y reinicio de la

misma.”

-El modelo secuencial ha recibido aportes de la teoría racional, de la teoría de los grupos, de la teoría sistémica. Como modelo de análisis ha tenido amplia vigencia y ha recibido severas críticas. Creemos que constituye una herramienta de análisis científico y pedagógico, cuya principal utilidad es brindar la posibilidad de fraccionar la realidad y simplificarla, y permitir el análisis de la misma

-Los ciclos de la política pública son: el reconocimiento del problema, el diseño de la solución, la decisión, la implementación y la evaluación de resultados.

-La evaluación de eficacia facilita información sobre los efectos producidos por la política pública. Intenta medir la eficacia de la política pública, o sea su capacidad para obtener los objetivos de su implementación. Además puede aportar datos sobre la eficiencia del sistema en la consecución de los objetivos

-La evaluación de calidad tiene como objetivo principal conocer si la política produce los beneficios esperados por los distintos actores que participan en el proceso. Considera integralmente el proceso de política pública e intenta mostrar las conexiones entre sus distintos elementos y la satisfacción de las expectativas de los usuarios y clientes de la política pública

CAPÍTULO VI. Metodología y resultados de la investigación

1.- Diseño de la investigación.

Se trata de un estudio de caso delimitado en la provincia de Santa Fe, entre los años 2011 y 2018. La presente se trató de una investigación descriptiva correlacional. Dentro del marco de la misma se ha elegido el estudio descriptivo y analítico por cuanto nuestro propósito es describir cómo se implementa una política pública, cuál es su regulación en nuestra provincia, relacionándolo con normas nacionales y evaluando su adecuación a las mismas.

2. Hipótesis y variables.

2.1. Hipótesis general.

La Mediación Prejudicial Obligatoria implementada en la provincia de Santa Fe no resultaría una herramienta eficaz para la desjudicialización de conflictos privados, y además tensiona con el rol equilibrante e igualador del Estado.

2.2. Hipótesis derivadas.

Primera hipótesis derivada.

La normativa nacional ofrece un diseño adecuado de protección de personas en situación de vulnerabilidad, en lo sustantivo y en lo procedimental, y la MPO es incongruente en relación a aquellas.

Segunda hipótesis derivada.

Las características otorgadas a la MPO actúan como un desincentivo para las personas a la hora de intentar solucionar sus conflictos.

Tercera hipótesis derivada

La política pública de MPO no resultó eficaz para reducir la litigiosidad.

3. Técnicas para la recolección de datos.

3.1. Se realizaron entrevistas semi-estructuradas a tres actores involucrados o impactados por el programa de Mediación Prejudicial Obligatoria, a saber:

1) Informante P.E. Funcionario a cargo de la implementación de la política pública de análisis, Secretario de Justicia de la Provincia (en Diciembre de 2019

cambió el diseño de Ministerios de la Provincia de Santa Fe, y lo que antes era en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se fusionó con el Ministerio de Gobierno, reduciéndose el primero a Secretaría de Estado). El funcionario entrevistado es el indicado -al menos así lo entendimos- para responder sobre aspectos de implementación y evaluación del programa de Mediación Prejudicial Obligatoria desde la visión política y administrativa del mismo.

2) Informante P.J. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Es el representante del Poder Judicial, que como quedó sentado en el marco teórico es el titular de la función jurisdiccional. La política de desjudicialización analizada involucra necesariamente a la estructura judicial de la Provincia, en consecuencia, el funcionario entrevistado es el indicado -al menos así lo entendimos- para evaluar aspectos jurídicos y administrativos que impactaron en la estructura del Poder Judicial con la implementación de la Mediación Prejudicial Obligatoria.

3) Informante C.A. Presidente del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Santa Fe, Primera Circunscripción, institución que nuclea a todos los abogados matriculados (únicos que pueden intervenir en causas judiciales y de mediación). Dado que los abogados son los representantes necesarios de los ciudadanos que concurren al sistema de justicia para resolver sus conflictos y al mismo tiempo comprenden los mecanismos establecidos para llevar a cabo la defensa de los intereses de sus representados, entendimos que el funcionario entrevistado sería el indicado para analizar el impacto que sobre los justiciables tuvo la implementación del programa de Mediación Prejudicial Obligatoria.

Al mismo tiempo el colegio de abogados representa los intereses de los mediadores, que también son abogados, dado que no tienen un organismo colegial propio, y puede darnos una visión de los mediadores sobre la política pública.

Las entrevistas tendieron a lograr la evaluación de calidad de la política implementada, o sea, conocer si la misma produjo los beneficios esperados por los distintos actores que participan en el proceso, intentando mostrar las conexiones entre sus distintos elementos y la satisfacción de las expectativas de los usuarios o destinatarios de la política pública.

3.2. Se recurrió a la recopilación de datos cuantitativos para realizar evaluación de eficacia o impacto, o sea, medir las variables cantidad de juicios ingresados a tribunales, cantidad de mediaciones celebradas y establecer si la política de desjudicialización fue eficaz para lograr sus objetivos, o sea, la reducción de litigiosidad.

3.3. Finalmente se procedió a la revisión bibliográfica, al análisis de la ley 13.151, decreto reglamentario y normas complementarias. Con esto pretendemos analizar la variable normativa de la política diseñada y su correcto encuadramiento (o no) en el esquema técnico legal de nuestro ordenamiento.

Para llevar adelante esta investigación, y analizar la política pública de Mediación Prejudicial Obligatoria se recurrió a la formulación de un esquema de preguntas de investigación.

Fases del proceso de la política pública	Preguntas que plantea el análisis de políticas públicas	Variables de análisis.	Fuente de la información
1. CICLO UNO. <i>La definición del problema que motivó la puesta en marcha de la política de MPO.</i>	1 ¿Cuál era el problema? 2 ¿Cuáles eran sus dimensiones? 3 ¿A quién afectaba y en qué medida? 4 ¿Cómo evolucionaría el problema si no actuamos sobre él?	Congestión de causas en los juzgados Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe 1 Onerosidad. (para el justiciable y para el Estado) 2 Lentitud. 1 usuario directo 2 usuario eventual 3 Sociedad en general.	-Plan estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina -Exposición de motivos del decreto 1747/11. -Entrevistas. -Entrevistas. -Datos del Poder Judicial -Doctrina.
2. CICLO DOS. <i>La formulación de las alternativas se solución al problema</i>	1 ¿Cuáles son las alternativas para solucionar nuestro problema? 2 ¿Cuáles deben ser nuestros objetivos y prioridades de cada una? 3 ¿Qué alternativa produce los mejores resultados con los menores efectos negativos?	1 Hacia adentro del Poder Judicial (Creación de Juzgados; Modificación de procesos; Especialización de oficinas; Mediación Judicial) 2 Hacia afuera del Poder Judicial (Gestión de conflictos en todos los órdenes educativos; - Brindar espacios estatales donde resolver conflictos; MPO) - Reducir litigiosidad. - Acelerar los procedimientos. - Reducir costos. - Sostener o aumentar estándares de calidad del servicio de justicia.	-Acuerdos sobre creación de oficinas. -Ley orgánica de Tribunales. -Ley 13.151 -Doctrina. Doctrina. Doctrina.
3. CICLO TRES. <i>La elección de una alternativa</i>	1 ¿Es Viable Técnicamente La Alternativa Seleccionada? 2 ¿Es Viable Políticamente La Alternativa Seleccionada?	Elementos de viabilidad técnica: LeyDecreto Condiciones de viabilidad política. Actores de la política pública.	Doctrina. Ley 13.151. Doctrina.
4. CICLO CUATRO. <i>La implantación de la alternativa elegida</i>	1 ¿Quién es el responsable de la implantación? 2 ¿Qué medios se usan para asegurar que la política se lleva a cabo de acuerdo al plan previsto?	Ministerio de Justicia Dirección de desjudicialización de conflictos interpersonales. -Declaración de interés público -Obligatoriedad.	-Ley 13.151 y reglamentación. -Disposición 63/11 Ley 13.151
5. CICLO CINCO. <i>La evaluación de los resultados obtenidos</i>	1 ¿Podemos asegurar que hemos alcanzado los objetivos? 2 ¿Hay que continuar o terminar la política?	1 Reducción de litigiosidad 2 Reducción de costos 3 Reducción de plazos 4 Calidad de administración de justicia.	-Datos estadísticos de la Provincia, tanto del Poder Judicial como Ejecutivo. -Ley 13151 y reglamenta -Código C y C Nación. -Ley 24.240. -Constitución Nacional. -Reglas Brasilia. -Doctrina.

RESULTADOS de la investigación sobre la política pública

Mediación Prejudicial Obligatoria.

<p>1. CICLO UNO.</p> <p><i>La definición del problema que motivó la puesta en marcha de la política de MPO.</i></p>	<p>1 ¿Cuál era el problema?</p> <hr/> <p>2 ¿Cuáles eran sus dimensiones?</p> <hr/> <p>3 ¿A quién afectaba y en qué medida?</p> <hr/> <p>4 ¿Cómo evolucionaría el problema si no actuamos sobre él?</p>	<p>Congestión de causas en los juzgados Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe</p> <hr/> <p>1 Onerosidad. (para el justiciable y para el Estado) 2 Lentitud.</p> <hr/> <p>1 usuario directo 2 usuario eventual 3 Sociedad en general.</p>	<p>-Plan estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina -Exposición de motivos del decreto 1747/11. -Entrevistas.</p> <hr/> <p>-Entrevistas. -Datos del Poder Judicial</p> <hr/> <p>-Doctrina.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

1. La definición del problema que motivó la puesta en marcha de la política de MPO.

1.1. ¿Cuál era el problema?.

Entendemos que el problema que motivó la puesta en marcha de la política pública de MPO fue la *necesidad de descongestionar el Poder Judicial de causas privadas*.

El Poder Judicial se encontraba, en la época de la génesis de la política pública de análisis, sobrecargado de causas y procedimientos jurisprudenciales, la evolución constante del número de causas ingresadas era muy superior a la evolución de la infraestructura del Poder Judicial.

La problemática tomó estado de agenda en el año 2006, cuando representantes de los tres poderes del Estado provincial suscribieron el Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina, con el objetivo de modernizar normativamente los procedimientos para posibilitar un más sencillo e inmediato acceso de la comunidad a la justicia, y tomando el problema de la tendencia ascendente de la judicialización de conflictos.

Fuentes de la información:

1. Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina, 2006: *“Que resulta un hecho evidente el proceso de judicialización que viven las sociedades*

contemporáneas conforme al cual, problemas que tradicionalmente eran resueltos a tenor de la ética social, hoy requieren su ingreso a los Tribunales a los fines de su solución. Ello importa no sólo una permanente expansión del servicio de justicia, sino una dinámica adaptación a los cambios y problemas que van apareciendo en el ámbito de la sociedad. Una mayor conciencia jurídica de la ciudadanía conlleva una demanda creciente sobre el Poder Judicial respecto a que las decisiones sean justas, y que las mismas se emitan en tiempo oportuno.”

2. De la exposición de motivos de la reglamentación de la ley 13.151 (que instauró el sistema de MPO) surge lo siguiente:

*“(…) La institución de un procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no sólo ayudará a **descomprimir el exceso de causas en el sistema judicial** sino que, muy especialmente, brindará a las partes la posibilidad de solucionar sus problemas interpersonales de manera autogestionada, en forma rápida, eficaz, económica y satisfactoria a sus intereses, aportando sin ningún lugar a dudas, también, a consolidar la paz social; (…)”*

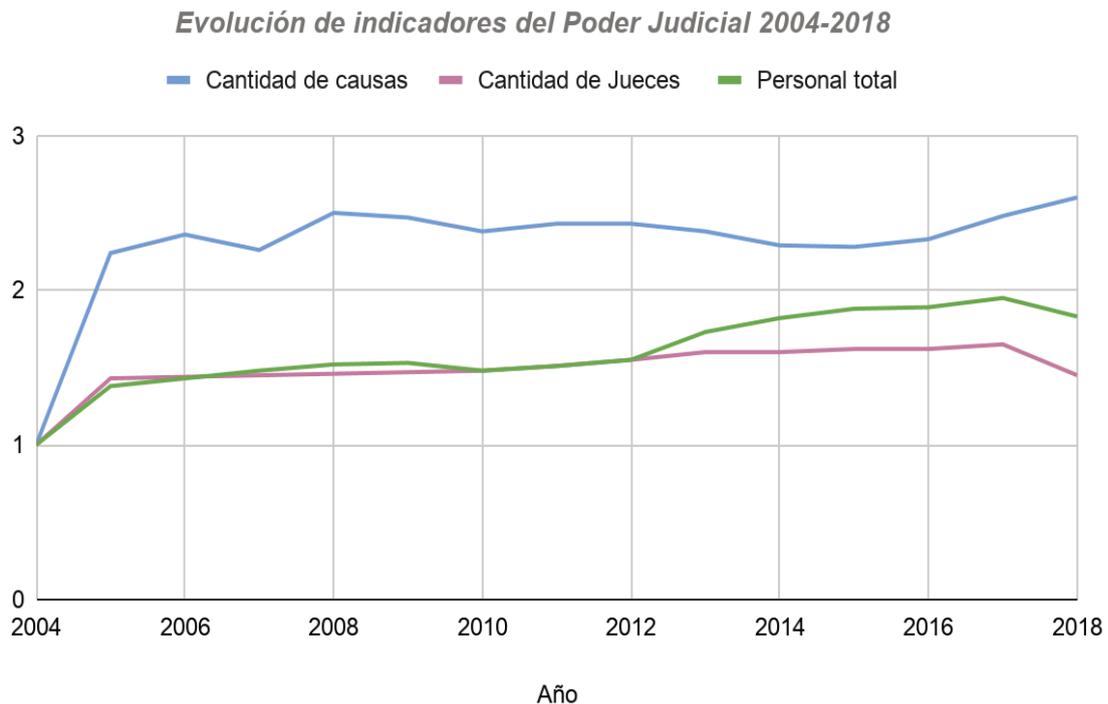
3. Entrevistas:

Informante C.A.: *“(…) el problema macro por lo cual se instó la instrumentación de esta normativa, es la resolución alternativa de conflictos, dada la cantidad de juicios que existían y existen hoy en el ámbito del Poder Judicial, en el ámbito de la Justicia. **Se intentó reducir la litigiosidad existente (…)**”*

Informante P.J. : *Yo creo que ha sido un paso adelante, si bien nosotros ya desde hace muchos años (20 años) de la mediación judicial nuestra que la venimos practicando con buenos resultados. Pero fue buena la incorporación por parte del Ejecutivo de la mediación, porque en los países más avanzados del mundo el 70 u 80 % de las cuestiones litigiosas se resuelven por mediación conciliación o arbitraje, porque **no se puede seguir creando juzgados, sino que hay que buscar estos medios alternativos para poder...***

Informante P.E: *Precisamente (se buscó) que sea una solución alternativa a los conflictos sociales sin necesidad de incurrir dentro de la órbita del Poder Judicial. (….) propender como una forma de exigibilidad educativa y generación de cultura **con un propósito de no congestionar el Poder Judicial cuya crisis siempre giró en torno al gran índice de juicios.***

4. Gráfico nro 1. Evolución de indicadores del Poder Judicial 2004 - 2018



Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, disponibles en:

[:http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/VII-2-1%20%20Indicadores-relacion%20pres%20%20causa%20ing-2018.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/VII-2-1%20%20Indicadores-relacion%20pres%20%20causa%20ing-2018.pdf)

Este gráfico nos ilustra sobre la evolución de los indicadores del funcionamiento del Poder Judicial de la Provincia. La cantidad de causas ingresadas en el Poder Judicial entre los años 1984 y 2009⁴⁹ se incrementó un 128%, mientras que la cantidad de jueces aumentó un 46% y la de empleados del Poder Judicial en un 48%.

1.2. ¿Cuáles eran las dimensiones del problema?

1.2.2. Onerosidad del acceso al sistema judicial.

Onerosidad para el justiciable.

Los costos que debe asumir el justiciable para defender sus derechos mediante el ejercicio de una acción en el Poder Judicial constituyen un problema. Al día de la fecha, se requiere como mínimo, erogar una suma de \$ 5.804.79.- compuesta por los siguientes rubros calculados a valores actuales (2019) e histórico de la fecha de sanción de la ley 13.151 (2010).

⁴⁹ Se toma este año porque es cuando comenzó a formularse el proyecto de MPO.

Rubro	Valor Diciembre 2019	Valor histórico 2010
Boleta de iniciación de juicio	\$ 852.-	\$ 90.-
Sellado de un poder	\$ 17.-	\$ 1,05.-
Oblea foja cero	\$ 30.-	\$ 1.-
Reposición mínima *	\$ 150	\$ 30.-
2 notificaciones por cédula **	\$ 200.- (\$ 100.- c/u)	\$ 12.- (\$ 6.- c/u)
Honorarios mínimos de abogado representante o patrocinante	\$ 4.031,68.- ***	\$ 205,52.-
Aportes obligatorios	\$ 524,11.- ****	\$ 26,71.-

(*) Este monto se incrementa con el valor de la suma reclamada en los juicios con contenido económico. Está compuesto por la Tasa de Justicia que equivale al 2,4% del capital reclamado y la Tasa de Actuación que es el 25% del valor de la tasa anterior. Por ejemplo, para iniciar una demanda de \$ 20.000.- la Tasa de Justicia asciende a \$ 480.- y la Tasa de actuación a \$ 120.- En los juicios sin contenido económico, la reposición mínima es de \$ 150.-

(**) En caso de imposibilidad de notificar por cédula, (por ejemplo cuando debe notificarse a persona con domicilio fuera de la ciudad) el medio idóneo para notificar es la carta certificada con aviso de retorno de correo oficial, cuyo costo asciende a \$ 575.- En consecuencia, el valor se incrementa considerablemente.

(***) Ius es la unidad de valor utilizada para regular honorarios profesionales por ley 6767. Su valor se incrementa proporcionalmente al aumento de haberes de un juez de primera instancia de distrito de la Provincia de Santa Fe. Es oportuno aclarar que hay un principio general que es que los honorarios deben ser abonados por la parte que pierde el litigio. No obstante ello, el abogado puede en todo momento cobrar sus honorarios a quien requirió sus servicios.

(****) Los aportes obligatorios equivalen al 13% de los honorarios.

Esta comparación con valores históricos se hace al sólo efecto de ilustrar que el sistema ha sido oneroso al momento de la sanción de la MPO, y lo continúa siendo al día de hoy. De hecho, si se relacionan estos totales al valor del salario mínimo vital y móvil, concluimos que el sistema se ha tornado más oneroso que en 2010. Esto es: en 2010 se necesitaba el 21,05% de un salario mínimo vital y móvil para cubrir el costo mínimo de un juicio, mientras que en 2019 se requiere el 34,40% del valor de un salario mínimo vital y móvil.

En este cálculo no están incluidos ciertos gastos como los relativos a la traba de medidas cautelares, diligenciamiento de medidas de prueba, pedido de informes, que incrementarían en un 30% (aproximadamente) el valor de gastos.

Onerosidad para el Estado.

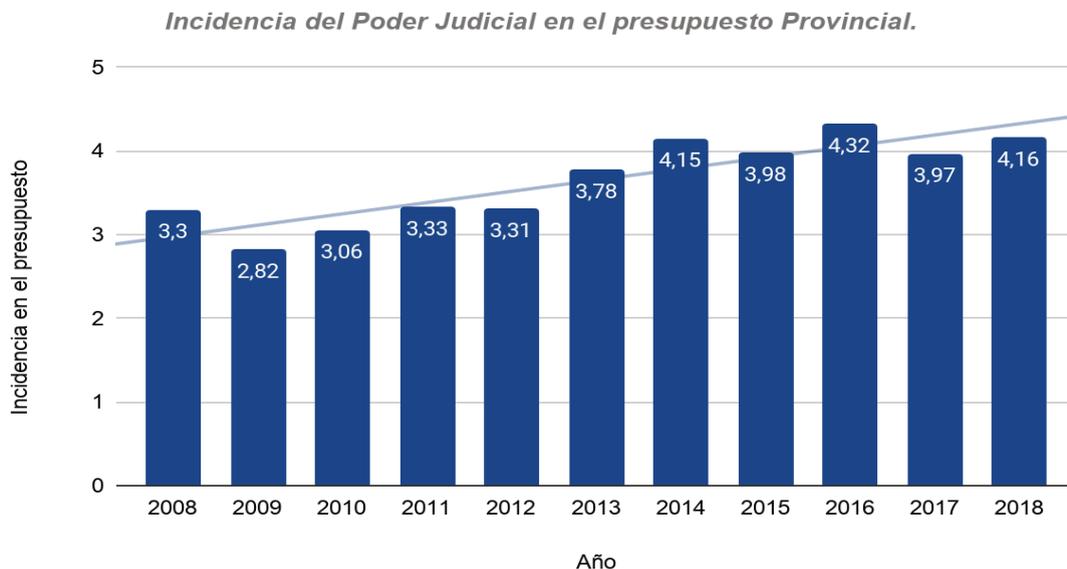
El funcionamiento del Poder Judicial representó en 2018 un 4,16 % del presupuesto provincial. Dicho porcentaje varía de acuerdo al año, pero entre 2010 y 2018 varió entre 3,06 % y 4,16%.

Del total del presupuesto asignado al Poder Judicial, el 91,46% se destina a gastos de personal y el restante a gastos de funcionamiento.

Además de las partidas asignadas por presupuesto, el Poder Judicial obtiene recursos propios provenientes de la recaudación por: certificaciones, sanciones al personal (Ley 10160⁵⁰, Art. 222, 223 y 229), tasas por servicios, fotocopiado, multas penales, multa Juzgado de Menores, y recursos de queja (Ley 7055⁵¹, Arts. 1 y 2).

En el año 2018, el Poder Judicial contó con un presupuesto de \$ 7.953.859.746.-, y afrontó en ingreso de su máximo histórico de causas; 519.140. Podríamos decir que cada causa ingresada al sistema judicial absorbe un costo de \$ 15.321,22.-⁵²

Gráfico Nro 2. Incidencia del Poder Judicial en el Presupuesto Provincial. Años 2008-2018.



Elaboración propia en base a datos suministrados por el Poder Judicial. Datos disponibles en: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/II-1-1-%20Incidencia%20del%20Presu%20puesto%20Judicial%20Aprobado%20en%20el%20Provincial-2018.pdf>

⁵⁰ Sancionada en 26/11/1987. Promulgada en 10/12/1987. Publicada B.O. 15/01/1988.

⁵¹ Sancionada en 30/11/1973. Promulgada en 19/12/1973. Publicada B.O. 04/01/1974.

⁵² No todas las causas insumen los mismos recursos, incluso las del mismo fuero. Es solo un cálculo ilustrativo.

1.2.3. Lentitud de los procedimientos.

Esta dimensión es altamente variable, dependiendo del tipo de procedimiento actuado, y las contingencias que se presenten en cada caso particular, por ejemplo cantidad de demandados, domicilio, si se presentan excepciones, si tramita en rebeldía, si se producen pruebas, si el Juez ordena la realización de medidas previas, entre otras. Cuantos más actos se realicen dentro del proceso, mayor será la duración del mismo.

Fuentes de la información:

1. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia (ley 5531⁵³): La dilación de los plazos viene dada por la formalidad de los procedimientos jurisdiccionales, que impone la obligatoriedad de seguir una serie rigurosamente normada de actos, bajo pena de nulidad. A ello debe sumarse la existencia de doble instancia ordinaria, más una extraordinaria en algunos casos, lo que redundará que la solución final del conflicto se dilate aún más.

2. Entrevistas:

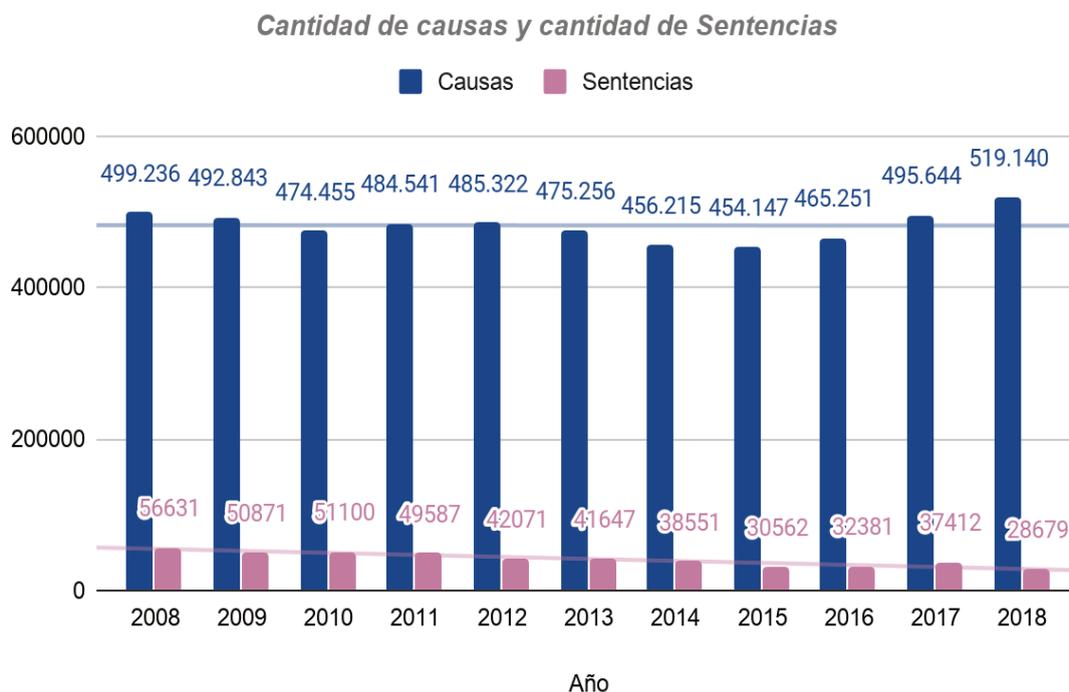
Informante C.A: *“Hay juicios de familia que tienen una tramitación aproximada de tres años (...) Un juicio ordinario en un juzgado civil y comercial tiene una duración aproximada de cinco años, muchísimo. Solo la primera instancia, después está la segunda que demora otro lapso que puede ser similar (...)”*

3. Un dato objetivo que nos ilustra sobre este problema, fue extraído de las estadísticas proporcionadas por el Poder Judicial: tomando el año 2009 y como mero dato testigo, ingresaron 492.843 causas y se emitieron 50.871 Sentencias.⁵⁴ Esto nos ilustra que en un año egresan del Poder Judicial solo el 10,32% de las causas que ingresan.

⁵³ Sancionada el 30/10/1961. Promulgada el 11/12/1961. Publicada B.O. 29/01/1962.

⁵⁴ La sentencia pone fin al litigio.

Gráfico Nro 3. Cantidad de causas ingresadas a Tribunales y cantidad de Sentencias dictadas. Años 2008-2018.



Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial. Datos disponibles en: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/VII-2-1%20%20%20Indicadores-relacion%20pres%20%20causa%20ing-2018.pdf>

1.3. ¿A quién afectaba y en qué medida?

1 Usuario actual: Afectaba en particular a los ciudadanos que efectivamente concurren al sistema de justicia a procurar la protección de sus derechos mediante el dictado de una sentencia judicial.

2 Usuario eventual: Afectaba en general a todos los ciudadanos en cuanto a su derecho de acceder a un sistema de justicia adecuado y eficaz, como lo denomina Rosatti (1989) derecho a la jurisdicción antes del proceso.

3 Sociedad en general: En definitiva, afectaba al Estado como sociedad institucionalmente organizada, dada la insatisfacción general con una función estatal fundamental como es la jurisdiccional.

Fuentes.

Doctrina analizada en el marco teórico.

1.4. ¿Cómo evolucionará el problema sino actuamos sobre el?

Entendemos que se profundizarían las características disvaliosas existentes, que requeriría un constante flujo de recursos hacia el Poder Judicial para sostener un servicio de justicia que difícilmente encontraría su óptimo de eficacia (un conflicto = una sentencia).

Fuentes.

Datos del Poder Judicial precitados que muestran tendencia ascendente en la cantidad de causas ingresadas al sistema judicial.

<p>2. CICLO DOS.</p> <p><i>La formulación de las alternativas se solución al problema</i></p>	<p>1 ¿Cuáles son las alternativas para solucionar nuestro problema?</p> <hr/> <p>2 ¿Cuáles deben ser nuestros objetivos y prioridades de cada una?</p> <hr/> <p>3 ¿Qué alternativa produce los mejores resultados con los menores efectos negativos?</p>	<p>1 Hacia adentro del Poder Judicial (Creación de Juzgados; Modificación de procesos; Especialización de oficinas; Mediación Judicial</p> <p>2 Hacia afuera del Poder Judicial (Gestión de conflictos en todos los órdenes educativos; - Brindar espacios estatales donde resolver conflictos; MPO)</p> <p>- Reducir litigiosidad. - Acelerar los procedimientos. - Reducir costos. - Sostener o aumentar estándares de calidad del servicio de justicia.</p>	<p>-Acuerdos sobre creación de oficinas. -Ley orgánica de Tribunales. -Ley 13.151 -Doctrina.</p> <hr/> <p>Doctrina.</p> <hr/> <p>Doctrina.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2. La formulación de alternativas para la solución del problema.

2.1 ¿Cuáles eran las alternativas para solucionar nuestro problema?

¿Cuáles deben ser nuestros objetivos y prioridades de cada una?

2.1.1. Hacia adentro del Poder Judicial.

Entre las que tuvieron como objetivo fortalecer y mejorar la vía jurisdiccional de solución de conflictos, en los que la prioridad fue solucionar el subproblema lentitud de los procedimientos, encontramos:

2.1.1.1 La creación de nuevos juzgados civiles y comerciales, y tribunales de familia. En el año 2009, mediante leyes provinciales nro 12.997 y 12.998⁵⁵ se crearon doce nuevos juzgados en la provincia, nueve de los cuales son tribunales o juzgados unipersonales de Familia.

Esta sería, a priori, la más práctica dado que no se modificarían los procedimientos de producción de servicios propios del funcionamiento del Poder Judicial, sólo se habilitan 'nuevas bocas de atención'.

2.1.1.2. La implementación de la oralidad en los procedimientos civiles y comerciales: Si bien no es objeto de análisis de este trabajo, es oportuno referirnos brevemente a ello, dado que comenzó a implementarse a modo de 'prueba piloto' en el año 2018, en nuestra provincia, en el marco de un Convenio de Asistencia y Cooperación Técnica Recíproca -celebrado en fecha 29 de noviembre de 2017 entre la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, el Gobierno de la Provincia de Santa Fe y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En grandes líneas, se trata de un cambio de paradigma en el diseño de los procedimientos judiciales, alejándose del formalismo de los actos escritos y de la rigidez del formalismo procesal, dando lugar a la flexibilidad de las actuaciones, con la existencia de audiencias con participación del juez.

En este sentido, expone el comunicado de prensa del Poder Judicial publicado en www.justiciasantafe.gov.ar respecto a la puesta en marcha de este programa:

"(...) Se tiene en vista que estas nuevas prácticas redunden en la sustancial reducción de los plazos de duración de los juicios civiles y comerciales, así como que se logre concretar el principio de inmediación, acercando el Juez a las partes en conflicto y a los profesionales que las asisten, incrementando también las posibilidades de lograr una mayor tasa de conciliación así como, en su caso, aumentando la calidad de las decisiones judiciales a partir del referido contacto directo del magistrado con los interesados, los testigos, los peritos y con los demás medios de prueba que se produzcan en el marco de audiencias orales. Con este fin, a partir y en el marco de la normativa procesal vigente, los jueces implementarán una primera audiencia donde se intentará liminarmente una conciliación, y en el caso que no se llegue al acuerdo, se plantee un verdadero "plan de trabajo", en la medida de lo posible, convenido con las partes, con fechas precisas, para llegar con la mayor rapidez y eficiencia posible a una

⁵⁵ Ambas modificatorias de ley Orgánica del Poder Judicial nro 10.160.

audiencia de juicio concentrada -que será videograbada- con la presencia del juez y la participación de las partes. Esta audiencia videograbada, permitirá además acortar el tiempo que insume tomar una audiencia escrita debido a la fluidez del sistema y la falta de escritura como así también evitar errores en la transcripción de los acontecimientos. Al finalizar la audiencia el juez dispondrá normalmente de toda la información que requiere para llegar a una resolución, salvo que reste alguna prueba, lo cual sería la excepción y no la regla.(...)"

2.1.1.3. Especialización de los juzgados. Esta medida implicó hacer una división del trabajo por especialidad entre los juzgados y especialización en diversas materias. Ello permite una estandarización de trámites y procedimientos, lo que redundará en la práctica de un incremento en la eficacia y rapidez de la actuación del Poder Judicial.

En nuestra provincia se han creado una Oficina de Procesos Sucesorios, puesta en marcha en el 2018. En este sentido un comunicado del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia enunció:

“Se trata de una nueva dependencia que tiene como principal objetivo dar mayor celeridad al trámite de los Procesos Sucesorios. (...)

Según señala la CSJ dicha iniciativa se enmarca dentro de las políticas de gobierno que procuran optimizar el servicio de justicia, gestionando los recursos con que se cuentan mediante ideas estratégicas y decisiones concretas en dicho horizonte.

La Oficina de Procesos Sucesorios brindará mayor rapidez y efectividad a la hora de dar respuesta a este tipo de procesos, mediante una marcada especialización en la materia y la estandarización de los aspectos meramente procedimentales del mismo.

La nueva estructura –califican en la CSJ- permitirá, a su vez, descomprimir la labor cotidiana de los juzgados civiles y comerciales, los cuales en la actualidad cuentan con importantes índices de ingresos de causas, cuya magnitud e importancia demandan la avocación necesaria de tiempo y recursos de por sí escasos para dicha tarea.” (Fuente: www.casf.org.ar)

También se ha puesto en funcionamiento una Oficina de procesos ejecutivos a partir del año 2019, con los mismos objetivos y fundamentos que el anteriormente descrito.

2.1.1.4. Entre las que tuvieron por objetivo implementar en el seno del Poder Judicial mecanismos alternativos, no jurisdiccionales, para la solución de conflictos.

Mediación Judicial.

Desde el año 1999, el Poder Judicial tiene en funcionamiento un sistema de mediación judicial. Constituyó la puesta en marcha de un proyecto que había nacido para el estudio, desarrollo e implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos (de mediación y arbitraje) en el Poder Judicial.

Fue un sistema pionero en el país y debió ser elaborado tomando en cuenta las siguientes pautas:

Fue dispuesto por la Corte Suprema, sin recurrir a modificaciones legislativas, no admitía la creación de nuevos cargos, ni contratación de mediadores, por lo tanto el desafío era poner en funcionamiento la institución, sin ampliar la planta de magistrados y funcionarios.

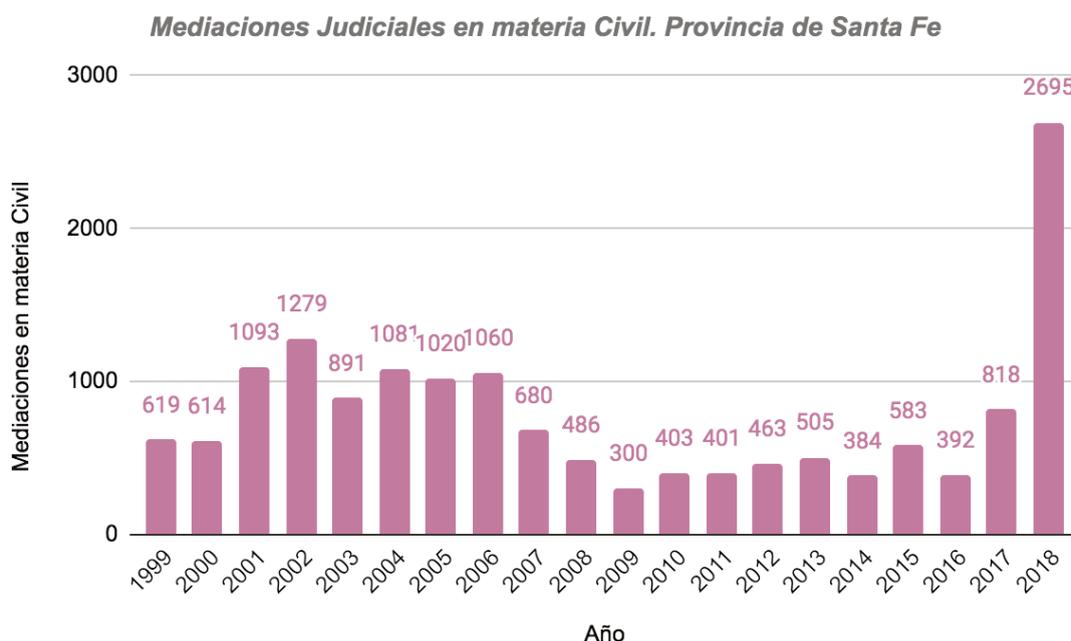
Se pretendía brindar un servicio gratuito a la comunidad para que los justiciables de las localidades más alejadas y las zonas más carenciadas de las grandes ciudades pudieran acceder a un nuevo modo de resolver sus disputas. Para ello se recurriría a la estructura existente de por lo menos 300 Jueces Comunales instalados en poblaciones en toda la extensión de su territorio y Defensorías Civiles y Barriales que prestan servicio jurídico gratuito en la sede de los tribunales y las segundas , se hallan ubicadas en las zonas periféricas y más carenciadas de las ciudades de Santa Fe y Rosario.

Fuentes de la información

1. *"El gran desafío de este proyecto consiste en implementar un método pacífico para resolver conflictos desde el Poder Judicial y con sus propios integrantes. Frente a la necesidad de cambiar la manera de brindar el servicio de Justicia, la Mediación se constituye en una alternativa ideal para conseguirlo. Su propósito es lograr un acuerdo sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial. Es una instancia voluntaria, a la que se puede acudir con o sin el patrocinio de un abogado. El objetivo es impulsar un acercamiento entre las partes en conflicto con la asistencia de un mediador, de manera que aun cuando no se logre un acuerdo, se abran entre ellos caminos de entendimiento."*

(Comunicado de prensa disponible en www.justiciasantafe.gov.ar)

Gráfico nro 4. Evolución de cantidad mediaciones judiciales desde su implementación. Año 1999-2018



Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial. Datos disponibles en: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/V-1-1-Mediaciones%20por%20a%C3%B1o%202018.pdf>

2. Entrevistas (sobre algunas apreciaciones sobre mediación judicial):

Informante P.J: ¿Por qué funciona mejor la mediación judicial? por la dedicación que tienen nuestros mediadores, que a su vez no cobran más por ello, son funcionarios judiciales (secretarios, empleados, oficiales de justicia, etc), que además hacen de mediadores. Nosotros dictamos los cursos, se van capacitando y se incorporan al sistema de mediación judicial (...)

Pero el gran orgullo que tengo de la mediación judicial, los mediadores insisten, te llaman una vez, dos veces, y persiguen la solución del conflicto, no como en la del Estado que no comparecen y la dan por terminada. Y por eso tienen mejores resultados. Es importante que nuestros mediadores lo hacen por convicción, no son rentados como los otros y eso habla de la vocación de servicio. (...)

Se hicieron 49.000 Mediación judicial, con acuerdo en más de más 65 % en el ámbito c y c, 84% en familia, y el 80% en el fuero penal. Los resultados son mucho mejores que la prejudicial.

Informante P.E: No se pueden comparar los sistemas de mediación judicial con la prejudicial. La judicial es optativa, y se ofrecía a las partes en el primer despacho de un juicio, someterlo a mediación. El hecho de la opcionalidad, hizo que en volumen fueran escasas, y que quienes se sometían a ella, ya iban con espíritu conciliador. Obviamente los resultados van a ser más satisfactorios si a la mediación se accede de manera voluntaria y libre.

2.1.2. Políticas hacia afuera del Poder Judicial.

2.1.2.1. Entre las que están dispuestas dentro del sistema de administración formal de justicia, y tendrán como objetivo fortalecer las vías no jurisdiccionales de solución de conflictos y la prioridad será trabajar en incentivos para la desjudicialización para la solución de conflictos, entre los incentivos 'ofrecidos' al ciudadano para optar por estas vías, deberían ofrecerse ventajas comparativas respecto al sistema judicial, por ejemplo mayor celeridad, menores costos, informalismo, privacidad, por nombrar algunos.

La implementación de la MPO encuadra en estos supuestos, será analizada a continuación.

2.1.2.2. Por otro lado, estarían las que se emplazan en otros ámbitos de la actividad estatal y que coadyuvan de manera mediata a la construcción de una sociedad más dialoguista o conciliadora. En el largo plazo, son las más eficaces para alcanzar los fines de bienestar y pacificación social.

2.1.2.3. La educación en todos sus niveles. Es la herramienta por excelencia para la construcción de una conciencia ciudadana más volcada al diálogo que a la cultura del litigio y la controversia.

En este sentido, desde el Ministerio de Educación de la Nación (y de aplicación directa en la provincia), se incluyen en los diseños curriculares de la educación en todos sus niveles, contenidos vinculados a la gestión de conflictos de forma pacífica. Un ejemplo es el programa de la materia formación ética y ciudadana en la educación primaria, que entre sus objetivos enumera:

"La participación en prácticas áulicas, institucionales y/o comunitarias como aproximación a experiencias democráticas y de ejercicio ciudadano que consideren a las personas como sujetos de derechos y obligaciones para propiciar actitudes de autonomía, responsabilidad y solidaridad.

La construcción progresiva de nociones de libertad, paz, solidaridad, igualdad, justicia, responsabilidad, bien común y respeto a la diversidad, en contraste con situaciones de injusticia, desigualdad o violencia, entre otras, a partir de vivencias, contextos y relaciones sociales concretas.

La valoración de la práctica del diálogo como herramienta para afrontar conflictos en la comunidad educativa, en otros ámbitos y situaciones, y para discutir temas relacionados con normas, valores y derechos.” (Fuente www.educ.ar)⁵⁶

2.1.2.4. La provisión por parte de todos los niveles del Estado de espacios gratuitos para realizar procedimientos de mediación, facilitación o conciliación. En este sentido, en la provincia de Santa Fe han proliferado estos ámbitos que van desde las instalaciones de Defensoría del Pueblo⁵⁷, defensa del consumidor⁵⁸, oficinas municipales de atención al ciudadano⁵⁹, entes de control con competencias para defender al usuario en conflictos derivados de la prestación de servicios⁶⁰.

Estos espacios tienen en común que son gestionados y financiados por el Estado, están atendidos por profesionales y brindan al ciudadano una primera oportunidad de solucionar un problema de manera gratuita y voluntaria. Se diferencian en el orden estatal del que dependen (nacional, provincial o municipal), en su estructura jurídica, funciones y facultades, que varían de un caso a otro.

2.2. ¿Qué alternativa produce los mejores resultados con los menores efectos negativos?

Como analizamos en el marco teórico, los decisores rara vez actúan racionalmente haciendo una tabla comparativa de cuáles son los todos los posibles efectos. Como señala Lindblom (1990), el comportamiento de los decisores públicos rara vez se adapta a ese modelo (el racional), ya que sus decisiones no son más que ajustes marginales sobre políticas ya en marcha.

Si lo analizamos desde una perspectiva incrementalista, recordando que la idea básica del incrementalismo es que, cuanto más se aleje una alternativa de las políticas conocidas, más difícil es anticipar sus consecuencias e impactos, más complejo

⁵⁶ Para ampliar sobre la currícula educativa en materia de solución pacífica de conflictos remito a la información publicada por el Ministerio de Educación de la Nación. Un análisis casuístico de los mismos excede los alcances de este trabajo.

⁵⁷ Cuenta con dos sedes en las ciudades de Santa Fe y Rosario y cuenta con delegaciones en los restantes municipios mediante suscripción de convenios de colaboración. Para mayor información consultar www.defensoriasantafe.gob.ar/delegaciones.

⁵⁸ A cargo de la Dirección de Comercio interior de la Provincia, cuenta con 5 sedes en las ciudades nodo y en distintos municipios mediante celebración de convenios de colaboración. Para mayor información consultar www.santafe.gov.ar

⁵⁹ Por ejemplo, Dirección de derecho y vinculación ciudadana de la ciudad de Santa Fe; Oficina Municipal de Defensa del consumidor de Santo Tomé; Oficina Municipal de Información al Consumidor de la ciudad de Rafaela; Oficina Municipal del Consumidor de la ciudad de Rosario.

⁶⁰ Por ejemplo Comisión Nacional de Regulación del transporte; ENRESS; ENACOM

es ganar apoyos para sustentar su elección y, por tanto, es menos viable políticamente, observamos lo siguiente:

Siguiendo esta línea, de las alternativas planteadas, las que menos se alejan de las políticas públicas conocidas en la provincia, son las primeras, o sea las que intervienen hacia adentro del poder judicial. La creación de Juzgados nuevos, genéricos o especializados, no se aparta de lo que la organización está acostumbrada a hacer.

No así la modificación de códigos procedimentales, dado que su impacto en la marcha de los procedimientos sería mayor, dado que arrastraría la inercia de los procedimientos anteriores, predominantemente escritos y requeriría un lapso de adaptación. Además, requiere los consensos políticos para aprobar una ley de reforma.

Sin duda, la política pública que más se aleja de lo conocido en todo sentido, es la de MPO. El diseño estuvo 'libre' de otro programa anteriormente implementado en la provincia, la misma implicó una estructura administrativa nueva que comenzó de cero a aplicar la política pública. Fuente: www.justiciasantafe.gov.ar

3. CICLO TRES. <i>La elección de una alternativa</i>	1 ¿Es Viable Técnicamente La Alternativa Seleccionada?	Elementos de viabilidad técnica: Ley Decretos	Doctrina. Ley 13.151.
	2 ¿Es Viable Políticamente La Alternativa Seleccionada?	Condicionantes de viabilidad política. Actores de la política pública.	Doctrina.

3. La elección de una alternativa.

Si bien, como hemos visto ut supra, se han implementado otros programas para intervenir sobre el problema, lo cierto es que en el momento histórico de análisis (2010/2011) se optó por la implementación de la MPO.

Aspectos fundamentales del diseño de MPO Ley 13.151 y reglamentación.

➤ Se instituye la mediación en todo el ámbito de la Provincia, con carácter de instancia previa y obligatoria a la iniciación del proceso judicial, y sólo puede ser cumplida mediante el trámite previsto en ley 13.151 y ante un mediador con inscripción vigente en el Registro pertinente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe, no resultando válidas otro tipo de mediaciones.

- Quedan excluidos los casos de: Causas penales y de violencia familiar; Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, patria potestad, filiación, adopción y alimentos provisorios; causas en las que el Estado Provincial, sus municipios, comunas o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; acciones de amparo, habeas corpus, habeas data e interdictos; medidas cautelares, preparatorias y de aseguramiento de prueba; juicios sucesorios; concursos preventivos y quiebras; causas que sean de competencia de la Justicia Provincial del Trabajo; procesos voluntarios; convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley N° 13.512; en general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o, que resulten indisponibles para los particulares.
- El procedimiento se inicia cuando el requirente (persona que insta el proceso) formaliza su petición, con patrocinio letrado, ante la AGEM o repartición que se designe al efecto. Cumplida la presentación, se procederá al sorteo del mediador.
- El mediador debe convocar a las partes a una primera reunión, cuya fecha no excederá del plazo de diez (10) días desde que aceptó el cargo.
- Dentro de los plazos establecidos por la reglamentación, el mediador debe convocar a las reuniones que sean necesarias. En cada oportunidad debe labrar un acta con constancia de lugar, fecha, asistentes y, en su caso, convocatoria a una próxima reunión. Los asistentes deben firmar el acta, o de lo contrario, el mediador dejará constancia de la negativa a hacerlo.
- Si una de las partes no asiste injustificadamente a la primera reunión, el mediador deberá convocar nuevamente. Si esta reunión fracasara por otra ausencia injustificada, el inasistente cargará con la retribución del mediador.
- El procedimiento de mediación tendrá una duración de hasta cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de la primera reunión, la cual podrá prorrogarse por acuerdo expreso entre las partes hasta un plazo máximo de seis (6) meses.
- El procedimiento de mediación concluye: a) Por acuerdo; b) Por ausencia injustificada de la o las partes; c) Por decisión del mediador; d) Por decisión de cualquiera de las partes, exteriorizada a partir de la primera reunión de mediación; e) Por agotamiento del plazo máximo del tiempo de mediación.

- Concluida la mediación sin acuerdo se labra acta final dejando constancia de ello, con firma de todos los participantes entregándose copia a cada uno de ellos. Dicha acta final de mediación sin acuerdo total o parcial habilita la instancia judicial correspondiente.
- El mediador percibirá por la tarea desempeñada una suma que no será inferior a un (1) jus ni superior a los cinco (5) jus de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. El pago deberá efectuarse al concluir la mediación, haya o no acuerdo. Dicha suma será abonada por la o las partes según lo convengan, y en caso contrario por el requirente. En todos los casos, formará parte de las costas del juicio que sobre el mismo objeto eventualmente se promueva. El mediador está autorizado a conservar y retener en su poder todos los ejemplares de las actas correspondientes a las partes hasta tanto le sean abonados sus honorarios,
- Se proveerá de asistencia jurídica gratuita y del servicio de mediación, a quien justifique no poder afrontar los gastos que demande el procedimiento previsto en la presente ley. Los mediadores tendrán como carga pública la tramitación de mediaciones gratuitas, la distribución de dicha carga será proporcional entre todos los mediadores.

3.1. ¿Es viable técnicamente la alternativa seleccionada?

Entendemos que técnicamente no presentó mayores dificultades, requirió una ley para adquirir legitimidad, decretos reglamentarios que describieran la casuística de la política pública, en este caso la creación de un organismo administrativo con funciones específicas, y la selección de recursos humanos que pueda responder de la mejor manera al diseño del programa.

3.2. ¿Es viable políticamente la alternativa seleccionada?

Entendemos que sí, de hecho logró contar con los consensos necesarios para la sanción de la ley y su implementación. No es menor el rol de los principales actores impactados por la política pública y sus intereses a la hora de evaluar la viabilidad política de la herramienta.

Entre los actores impactados por la política pública de MPO, encontramos los siguientes: los justiciables, o sea todos los ciudadanos de la provincia;

las corporaciones gremiales, entre los que se encuentran los abogados y jueces; los mediadores; el Estado.

Si aplicamos al análisis la idea de Truman (1951) en el sentido del juego de poder de los grupos, reconoceríamos que entre los actores mencionados, sólo algunos están politizados y ejercen poder sobre el gobierno, y la decisión pública, por ende, es resultante de las interacciones entre éstos grupos, que lógicamente protegerán sus propios intereses. No todos los actores prenombrados tienen el mismo nivel de organización, ni de influencia sobre las decisiones públicas.

➤ Respecto de los jueces, sería razonable pensar que van a empatizar y apoyar toda clase de sistema que disminuya el caudal de trabajo de sus juzgados (colapsados de expedientes). Por otro lado, los principales impulsores del sistema de desjudicialización son los propios jueces, de hecho la abanderada es miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Helena Highton, quienes al mismo tiempo son doctrinarios que diseñan las fuentes de información y conocimiento científico necesarias para fomentar la actividad política en esa dirección.

➤ Algo similar ocurre con el Estado, que encontraría en la desjudicialización una alternativa más económica al costoso funcionamiento de la maquinaria judicial, buscando descongestionar la tarea de los tribunales, en vez de dotarlos de más recursos técnicos y humanos para absorber la creciente demanda del servicio de justicia. Prueba de ello es el enunciado de la exposición de motivos de la reglamentación ... *“La institución de un procedimiento de mediación prejudicial obligatoria ayudará a descomprimir el exceso de causas en el sistema judicial”*.

➤ Los abogados inscriptos como mediadores, también recibirían la iniciativa con beneplácito, ya que invirtieron tiempo y dinero en su capacitación y la obligatoriedad de la mediación prejudicial es una fuente constante de trabajo y además, tal como está estructurada les permite el cobro de honorarios aún en el caso del fracaso de la mediación por incomparecencia de los requeridos.

➤ Distintos son los intereses del resto de los abogados que ejercen la profesión liberal, quienes observan al sistema de mediación prejudicial obligatorio como un antejuicio obstructor de los derechos de sus clientes, una instancia muy costosa y poco práctica. Así lo entendían en el momento en que se sancionó la ley.

➤ Por último, los justiciables, no organizados institucionalmente, serían los menos beneficiados con este nuevo sistema. La mediación parecería no estar pensada para ellos, quienes sin duda preferirían contar con un sistema optativo.

Fuentes de la información; Entrevistas:

Informante P.J: *“Yo creo que ha sido un paso adelante, si bien nosotros ya desde hace muchos años (20 años) de la mediación judicial nuestra que la venimos practicando con buenos resultados. Pero fue buena la incorporación por parte del Ejecutivo de la mediación, porque en los países más avanzados del mundo el 70 u 80 % de las cuestiones litigiosas se resuelven por mediación conciliación o arbitraje, porque no se puede seguir creando juzgados, sino que hay que buscar estos medios alternativos para poder....”*

Informante P.E: *Precisamente que sea una solución alternativa a los conflictos sociales sin necesidad de incurrir dentro de la órbita del Poder Judicial. (...) El legislador del año 2010 entendió que debía ser una primera instancia obligatoria donde lo forzoso no implicaba tener una actitud autoritaria sino propender como una forma de exigibilidad educativa y generación de cultura”*

Informante C.A: *“Nosotros (el Colegio de Abogados) en el 2010 habíamos hecho una consulta a todos los colegiados, una especie de plebiscito para que se expidan para ver si estaban de acuerdo o en contra de la implementación de la Mediación Prejudicial Obligatoria, en ese entonces el 98% de los que votaron rechazaron el proyecto (...)”*
“El ciudadano común, cuando le impones el pago más, un costo más, por supuesto que va a estar en desacuerdo con esta herramienta de mediación.”

<p>4. CICLO CUATRO. <i>La implantación de la alternativa elegida</i></p>	<p>1 ¿Quién es el responsable de la implantación?</p> <p>2 ¿Qué medios se usan para asegurar que la política se lleva a cabo de acuerdo al plan previsto?</p>	<p>Ministerio de Justicia Dirección de desjudicialización de conflictos interpersonales. -Declaración de interés público</p> <p>-Obligatoriedad.</p>	<p>-Ley 13.151 y reglamentación. -Disposición 63/11</p> <p>Ley 13.151</p>
------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------

4. La implementación de la alternativa elegida.

4.1. ¿Quién es el responsable de la implantación?

4.1.1. Sector público.

En materia de administración, la implementación de la política pública está a cargo del Poder Ejecutivo a través del Ministerio (hoy Secretaría) de Justicia y

Derechos Humanos y la Dirección de desjudicialización de conflictos interpersonales y demás organismos creados (o a crearse) al efecto por la ley 13.151.

La Agencia de Gestión de Mediación (AGEM) es el organismo público, dependiente del Ministerio de Justicia (hoy Secretaría) que articula las distintas reparticiones referidas al sistema de mediación, organizándose en tres (3) oficinas:

➤ Oficina de Registro de Mediadores y Comediadores. La inscripción en este Registro tiene una vigencia de dos años. El trámite tiene una instancia online para la inscripción, y una instancia presencial a fin de realizar la presentación de la documentación requerida para respaldar el cumplimiento de los requisitos de habilitación para el ejercicio de mediación dispuestos en la ley 13151. La registración tiene vigencia por un plazo de dos (2) años, y para renovarla el mediador deberá acreditar haber realizado al menos sesenta horas (60) en cursos de capacitación continua en mediación, homologados por el Ministerio de Justicia (hoy Secretaría)

➤ Oficina de Gestión. Es la oficina encargada de recibir los pedidos de mediación, registrarlos y sortear a los mediadores que actuarán en cada caso.

Una de las características del sistema es la utilización del soporte informático para actuaciones significativas, como la presentación de los requerimientos de mediación, los sorteos de mediadores, notificaciones en general.

Este componente otorga mayor agilidad, economía y eficiencia al sistema, y es muy útil para la elaboración de estadísticas para la evaluación de resultados.

Para acceder a este sistema y operar con el mismo, los interesados deben crear una cuenta de usuario personalizada donde podrá realizar las gestiones que le son propias.

Pueden ser usuarios del sistema, los profesionales abogados, los mediadores, el Estado.

A este sistema se accede mediante la creación de un usuario por parte de cada profesional

➤ Oficina de Protocolización de Acuerdos y Registro de Actas. Es la oficina que lleva el registro de actas de finalización y acuerdos celebrados en el marco de los procedimientos de MPO.

Otros registros:

Además, el Ministerio de Justicia (hoy Secretaría) lleva adelante dos registros complementarios al sistema de mediación, que son:

- Registro de centros de mediación (se desarrolla en el próximo apartado)
- Registro provincial de instituciones formadoras en materia de mediación.

4.1.2. Sector privado⁶¹.

En el sistema de MPO participan diversos actores y organizaciones de la sociedad civil y privados, ejerciendo alguno de los engranajes que propone la ley 13.151. Entre ellos encontramos, los centros de mediación, los mediadores y comediadores, las instituciones formadoras (referidas ut supra). Todas ellas tienen la características de provenir de la órbita privada y financiarse con recursos propios.

➤ Centros de mediación. El procedimiento concreto de administración de justicia, es decir las reuniones y audiencias entre las partes con el mediador, se lleva a cabo en centros de mediación habilitados por el Ministerio de Justicia (hoy secretaría). Son espacios operativos que deben cumplir con las exigencias necesarias en cuanto a espacio disponible, mobiliario adecuado, y equipamiento informático, para obtener la correspondiente habilitación. Hoy día la provincia cuenta con 56 centros de mediación habilitados.

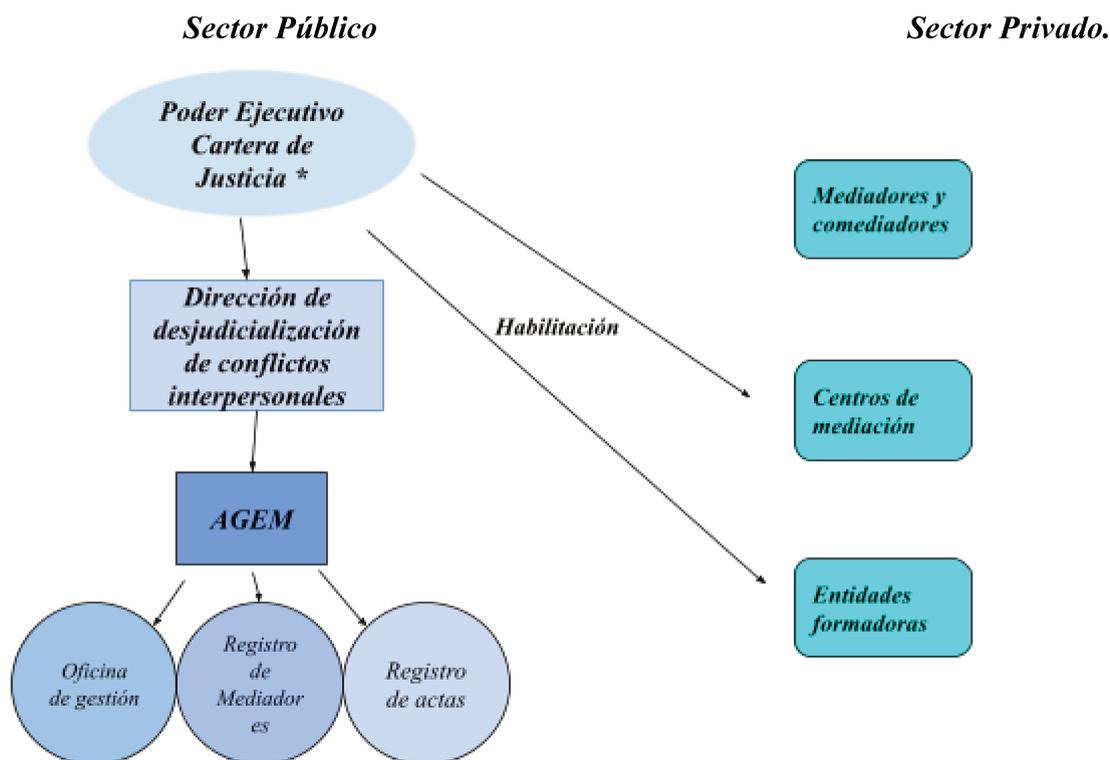
Fuente: <https://www.santafe.gov.ar/mediacion/publicacion/centrosMediacionHabilitados.pdf>

➤ Instituciones formadoras en materia de mediación. Son organizaciones que brindan cursos de capacitación permanente a mediadores. Según la web de la Provincia, al día de la fecha se encuentran habilitadas 25 instituciones para el dictado de cursos de formación, entre ellas encontramos las principales Universidades de la Provincia y Centros derivados de ellas, Organizaciones intermedias (Colegio de Abogados, fundaciones, asociaciones civiles, asociaciones gremiales), sociedades comerciales y hasta Municipios y Comunas. Estas instituciones tienen relevancia dentro del sistema, dado que, como señalamos ut supra, los mediadores para renovar su inscripción en el registro deben acreditar capacitación permanente.

Fuente: <https://www.santafe.gov.ar/mediador/AGEM/listados/institucionesFormadoras>

⁶¹ El término privado está utilizado en sentido relativo. Hay muchas de las instituciones que se enumeran que forman parte de la administración pública (por ejemplo las universidades), pero su función principal no es participar de la política pública de MPO.

➤ Mediadores y comediadores. Son profesionales liberales que ejercen las funciones de administración de justicia que les otorga la ley 13.151. No están colegiados independientemente, sino que al ser abogados, necesariamente deben estar matriculados en el Colegio de Abogados de la Provincia.



* Se utiliza el término cartera porque desde que comenzó a implementarse la política pública a la fecha, se modificó la estructura de ministerios y la Justicia quedó en rango de Secretaría.

4.2. ¿Qué medios se usan para asegurar que la política se lleva a cabo de acuerdo al plan previsto?

Se observan algunos elementos técnico-normativos que actúan como 'enforcements' del sistema:

4.2.1. Declaración de Interés Público Provincial:

El artículo 1º de la Ley N° 13.151 declara de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de métodos no adversariales y

desjudicialización de resolución de conflictos, no obstante que el desarrollo de la ley luego se circunscribe a la mediación prejudicial.

Esta declaración resulta relevante como orientación y preeminencia de políticas públicas, así como criterio interpretativo de toda la red de normas regulatorias de la mediación.

El párrafo final del artículo 2 de la reglamentación debe entenderse en esta misma dirección en cuanto plantea como objetivo jerarquizar la mediación como política pública, facultando a los jueces a ponderar negativamente las conductas obstructivas, desnaturalizadoras y perjudiciales del normal desarrollo de este procedimiento prejudicial y, al propio tiempo, incentivando las actuaciones de buena fe.

4.2.2. Obligatoriedad:

4.2.2.1. Artículo 2 ley provincial 13.151.-

“Institúyese la Mediación en todo el ámbito de la Provincia, con carácter de instancia previa obligatoria a la iniciación del proceso judicial, en los términos establecidos en la presente ley.”

4.2.2.2. Modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, incluyéndose como excepción procesal⁶² a la falta de acreditación del sometimiento a MPO, entre otras normas del cuerpo que han sido modificadas:

Artículo 139 ley provincial 5531 (Texto cfr. Ley 13.151):

“Las únicas excepciones que pueden articularse como de previo y especial pronunciamiento son: 1ro. Incompetencia. 2do. Falta de personalidad en el actor o de personería en su procurador. 3ro. Defecto legal en el modo de proponer la demanda. 4to. Falta de cumplimiento del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria”

Como surge de los artículos precitados, la imposición de la herramienta de MPO a toda persona que pretenda acceder al sistema judicial de solución de conflictos, de manera obligatoria se constituye como el más eficaz de los medios para asegurar el acatamiento de la misma.

Entrevista informante C.A: *“(...) la ciudadanía se tiene que concientizar a partir de la obligatoriedad, si no la ciudadanía no lo escogería para solucionar su conflicto. Quizás en un futuro, nos encontremos con otra realidad, en la que las partes voluntariamente elijan someter su conflicto, y sería lo ideal, siempre lo voluntario es mejor (...)”*

⁶² Podemos definir a las excepciones procesales a aquellas defensas mediante las cuales el demandado denuncia la existencia de un impedimento que vicia la validez del proceso, e impide que el mismo pueda constituirse válidamente. Se caracterizan, además, porque deben ser planteadas y resueltas in limine, ante de estudiar el fondo del litigio. (Peyrano, 2004)

Entrevista informante P.E: "La gran disputa en torno a esto fue si esa alternativa de mediación tenía que imponerse de modo imperativo, de manera obligatoria antes de acudir al sistema judicial o si era optativo. El legislador del año 2010 entendió que debía ser una primera instancia obligatoria donde lo forzoso no implicaba tener una actitud autoritaria sino propender como una forma de exigibilidad educativa y generación de cultura"

<p>5. CICLO CINCO.</p> <p>La evaluación de los resultados obtenidos</p>	<p>1 ¿Podemos asegurar que hemos alcanzado los objetivos?</p> <hr/> <p>2 ¿Hay que continuar o terminar la política?</p>	<p>1 Reducción de litigiosidad 2 Reducción de costos 3 Reducción de plazos 4 Calidad de administración de justicia.</p>	<p>-Datos estadísticos de la Provincia, tanto del Poder Judicial como Ejecutivo. -Ley 13151 y reglamenta -Código C y C Nación. -Ley 24.240. -Constitución Nacional. -Reglas Brasilia. -Doctrina.</p>
--------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

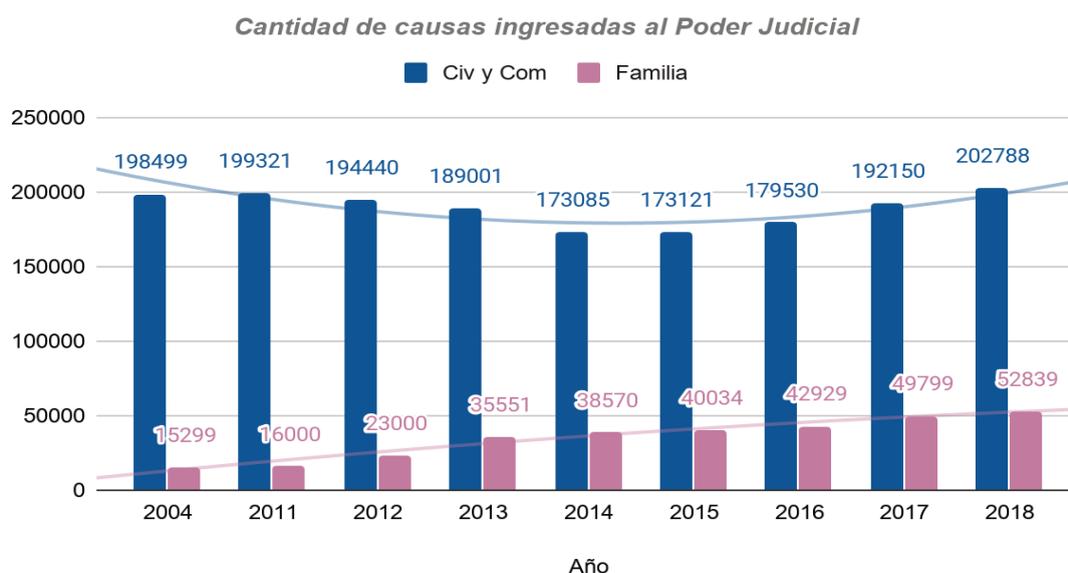
5. La evaluación de los resultados obtenidos

5.1. ¿Podemos asegurar que hemos alcanzado los objetivos?

5.1.1. Objetivo reducción de litigiosidad.

La implementación de la MPO no habría reducido sustancialmente la litigiosidad en la Provincia de Santa Fe, según se observa en los datos publicados por el Poder Judicial.

Gráfico Nro 5 : Cantidad de causas ingresadas al Poder Judicial en Juzgados Civil y Comercial y Tribunales de Familia. Años 2004-2018.



Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Datos disponibles en:

<http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/IV-1-4-%20Causas%20ingresadas%20por%20materia-2018.pdf>

En este gráfico podemos ver la cantidad de causas ingresadas al Poder Judicial de la Provincia, tomando como referencia el año 2004. Si bien las causas en materia civil y comercial han disminuído entre los años 2012 y 2014 (ambos inclusive), a partir del 2015 comienza la tendencia ascendente superando en el año 2018 el valor de referencia. En materia de familia, no se observa una disminución de causas judiciales desde el 2004 y hasta el 2018.

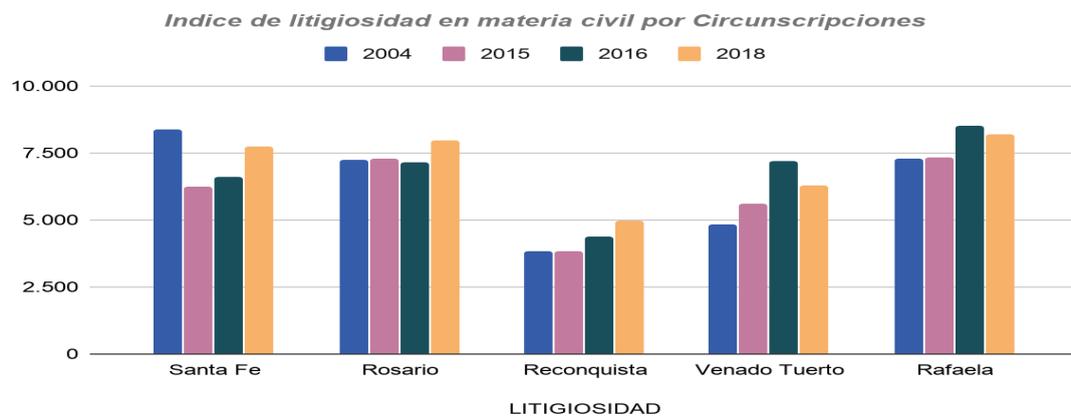
Gráfico Nro 6. Variación de cantidad de causas judiciales ingresadas respecto a 2004. (2004-2018)



Elaboración propia en base a dato obtenidos del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

Este gráfico nos muestra el ritmo de disminución o aumento de causas judiciales respecto al año 2004. Se observa que hasta el 2014 (con la única salvedad de 2008) el número de causas judiciales se mantuvo por debajo del valor de referencia (año 2004), profundizandose entre 2012/2014. Luego, advertimos un aumento constante.

Gráfico Nro 7. Índice de litigiosidad en materia Civil y Comercial por Circunscripciones.

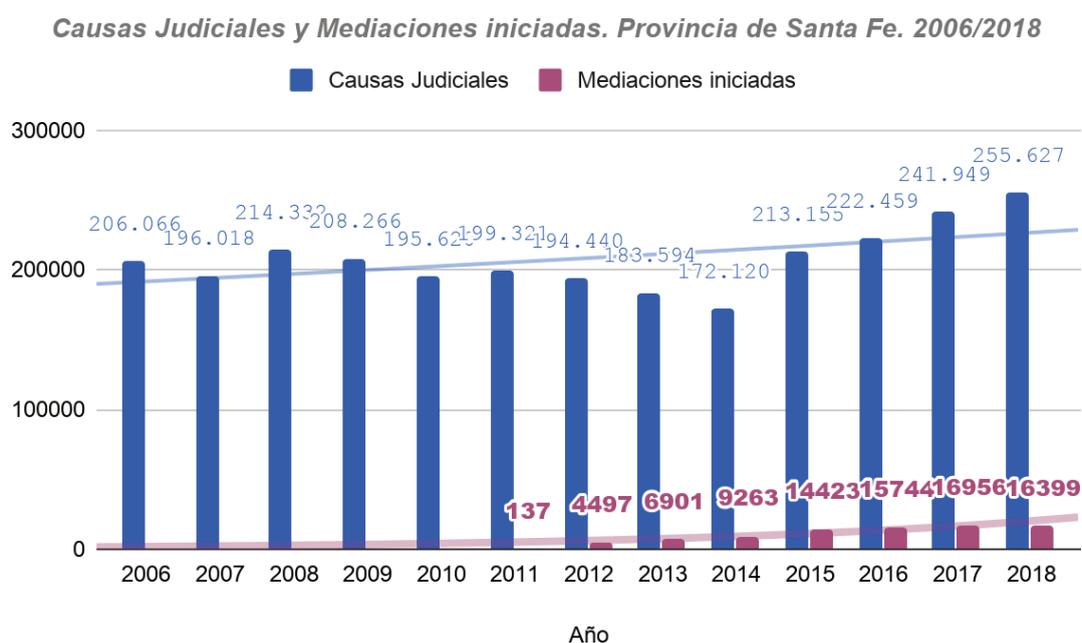


Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe . Datos disponibles en:

<http://www.justiciasantafe.gov.ar/ESTADISTICAS/2018/4.7.19/VII-1-1-2%20%20%C3%8Dndice-litigiosidad-circ-2018.pdf>

En este gráfico vemos la evolución del índice de litigiosidad⁶³ en relación a las causas civil y comercial y familia, por circunscripción judicial.⁶⁴ Se observa que en las circunscripciones más grandes (Santa Fe y Rosario) y en la de Reconquista, el índice de litigiosidad ha ido en aumento entre los años 2015 y 2018, reduciéndose, en cambio, en Venado Tuerto y Rafaela en el año 2018 respecto a 2016.

Gráfico nro 8. Causas judiciales y mediaciones iniciadas (2006/2018)



Elaboración propia en base a datos obtenidos de la Provincia de Santa Fe. Datos disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/datosabiertos/dataset/mediaci%C3%B3n-prejudicial>

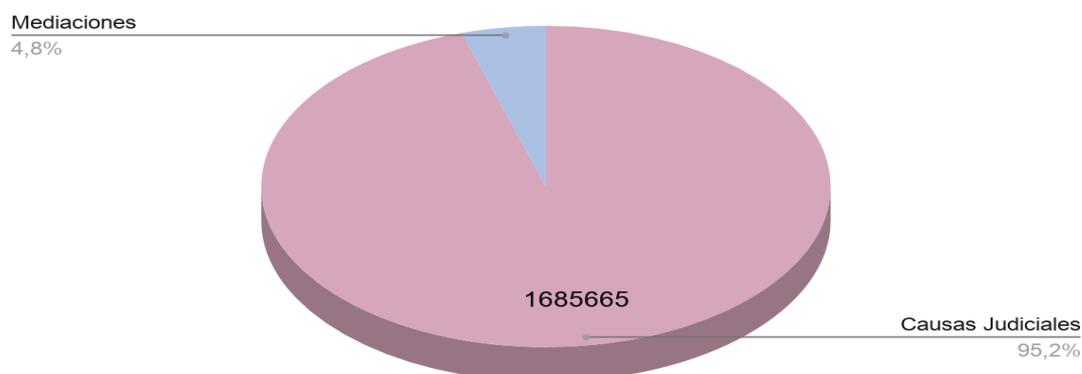
Este gráfico nos muestra nuevamente la cantidad de causas judiciales entre 2006 y 2018 y la cantidad de mediaciones solicitadas desde que se implementó a la actualidad. Ambas con línea de tendencia ascendente.

⁶³ Este índice se elabora teniendo en cuenta la cantidad de causas ingresadas al Poder Judicial sobre 100.000 habitantes.

⁶⁴ La provincia de Santa Fe se divide en cinco circunscripciones judiciales; Santa Fe, Rafaela, Reconquista, Rosario y Venado Tuerto. Cada circunscripción contiene una cantidad determinada de distritos judiciales, que al mismo tiempo contienen una cantidad determinada de circuitos judiciales. Para mayor información al respecto remite a ley orgánica del Poder Judicial, nro 10.160

Gráfico nro 9. Planteo de conflictos en la Provincia (año 2011/2018)

Planteo de conflictos privados en la Provincia de Santa Fe 2011/2018



Elaboración propia en base a datos obtenidos de la Provincia de Santa Fe.

Este gráfico nos revela que es ínfimo el porcentaje de conflictos privados que se plantean en la órbita de la MPO, ya que más del 95% se siguen planteando ante el Poder Judicial.

5.1.2. Objetivo economía del sistema.

5.1.2.1. Economía para el justiciable.

Entendemos que no es más económico que la acción judicial. El justiciable que inicia el procedimiento de MPO queda expuesto a asumir un costo que al día de la fecha asciende a la suma de \$ 10.175,58.- compuesta por los siguientes rubros calculados a valores Diciembre de 2019.

Fuentes.

Rubro	Valor Diciembre 2019
Boleta de iniciación de mediación	\$ 455.-
Gastos administrativos fijados	\$ 409.-
2 notificaciones por cédula	\$ 200.- (\$ 100.- c/u) *
Honorarios mínimos de abogado representante o patrocinante	\$ 4.031,68.- **
Aportes obligatorios	\$ 524,11.- ***
Honorarios mínimos del mediador	\$ 4.031.68.-****
Aportes obligatorios mediador	\$ 524,11.-

(*) En caso de imposibilidad de notificar por cédula, (por ejemplo cuando debe notificarse a persona con domicilio fuera de la ciudad) el medio idóneo para notificar es la carta certificada con aviso de retorno de correo oficial, cuyo costo asciende a \$ 575.- En consecuencia, el valor se incrementa considerablemente.

(**) Ius es la unidad de valor utilizada para regular honorarios profesionales por ley 6767. Su valor se incrementa proporcionalmente al aumento de haberes de un juez de primera instancia de distrito de la Provincia de Santa Fe. Es oportuno aclarar que hay un principio general que es que los honorarios deben ser abonados por la parte que pierde el litigio. No obstante ello, el abogado puede en todo momento cobrar sus honorarios a quien requirió sus servicios.

(***) Los aportes obligatorios equivalen al 13% de los honorarios.

(****) La ley 13.151 y reglamentación dispone que el mediador percibirá como mínimo una unidad Ius, y el pago debe hacerse haya acuerdo o no. En todas las causas en que no se encuentre involucrado contenido económico el mediador percibirá por su intervención la suma única de dos (2) jus. Dicha suma será abonada por la o las partes según lo convengan, y en caso contrario por el requirente (justiciable)

La onerosidad del sistema de MPO aparece como un problema para todos los actores del sistema. Todos los entrevistados coincidieron que es muy caro para el justiciable iniciar un procedimiento de estas características, máxime si fracasa la instancia de mediación y luego debe abonar los costos para acceder a la acción judicial.

5.1.2.2. Economía para el Estado.

Teniendo en consideración que la mayor parte de los gastos que implica el funcionamiento del sistema de MPO deben ser cubiertos por los particulares, podríamos concluir en que el sistema es considerablemente más económico para el Estado que la vía judicial.

En este sentido la actividad de los profesionales intervinientes (mediadores y abogados) y las instalaciones donde se desarrollan las audiencias de mediación, son puestas a disposición y solventadas por los propios particulares. El Estado solo financia la estructura administrativa de AGEM, que cuenta con cinco (5) delegaciones en toda la provincia.

En cambio en el sistema jurisdiccional el Estado debe cubrir infraestructura edilicia, salario de personal administrativo y magistrados, y absorbe también los costos de los trámites iniciados por personas sin recursos económicos.

5.1.3. Objetivo celeridad.

El procedimiento de MPO es considerablemente más rápido que la acción jurisdiccional. Ello así siempre y cuando se resuelva el conflicto. De lo contrario, operaría como una dilación de los plazos para resolver el conflicto en sede judicial.

Fuente de la información.

La ley 13.151 dispone en su artículo 16.- *“El procedimiento de mediación tendrá una duración de hasta cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de la primera reunión, la cual podrá prorrogarse por acuerdo expreso entre las partes hasta un plazo máximo de seis (6) meses`*

5.1.4. Objetivo calidad.

5.1.4.1. De la obligatoriedad del procedimiento.

La obligatoriedad de la MPO reduce la calidad del servicio de justicia, por los siguientes fundamentos:

La exposición de motivos reglamentación ley 13.151 enuncia: *“La mediación es un modo de solución de los conflictos interpersonales que despliega mayores ámbitos de la autonomía y de la ejemplaridad, promoviendo una mayor comprensión y aceptación recíproca de las posiciones de las partes”*

➤ Observamos que existe una contradicción entre el objetivo de ‘desplegar mayores ámbitos de autonomía’ y la imposición de la herramienta de MPO.

El Estado podría desplegar su actividad en función de promover el respeto a la autonomía de las personas focalizando esfuerzos en el fomento o incentivo de los mecanismos autocompositivos de conflictos (como la mediación) y nada más, lo cual redundaría en una mayor aceptación de la herramienta para los ciudadanos.

➤ Entendemos que la obligatoriedad es una de las características que posibilita la configuración de retardo injustificado o un impedimento de acceso a la justicia; ello así dado que el procedimiento puede agotarse en un plazo relativamente corto de tiempo (celebración de las dos audiencias mínimas impuestas por ley); pero también puede manipularse la herramienta, por parte del requerido (eventual demandado a futuro) mediante las posibilidades que otorga la ley, como pedir cuartos intermedios, y provocar

que el procedimiento llegue al máximo de su duración autorizada por ley, o sea seis (6) meses.

En este sentido cabe transcribir lo expuesto por el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Vázquez, en su voto en disidencia en los autos: "Baterías Sil-Dar S.R.L c/ Barbeito, Walter s/ sumario"⁶⁵, analizando la constitucionalidad de la ley de 24.573 de Mediación de la Nación (que también tiene carácter obligatorio y prejudicial, si bien era distinto a nuestro sistema)

"8) (...) la obligatoriedad y el carácter prejudicial impuestos al régimen de mediación establecido por la ley 24.573, se yergue como un obstáculo insalvable al ejercicio del derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial. (...). Se condiciona el acceso al Poder Judicial y, con ello, no se afianza la justicia tal como lo exige el Preámbulo de la Carta Magna, porque la que imparten los jueces -única a considerarse postergada de un modo absoluto, sin válvula inmediata de escape.

9º) (...) la efectividad del ejercicio de la garantía del acceso a la justicia no tolera, por su propia índole, limitación alguna, por lo que por más breve que sea su postergación, la inconstitucionalidad del régimen será igualmente manifiesta.

Que (...) el sólo hecho de someter a los interesados a un trámite semejante, eventualmente contrario a su voluntad, importa de suyo limitación al derecho constitucional de acceder a la justicia

10) Que la mediación (...) no está pensada para el justiciable, quien mejor preferiría contar con un sistema optativo, sino que está destinada a desalentar la litigiosidad por vía de colocar una instancia más en el camino del reclamo o reconocimiento de los derechos. (...)

➤ La MPO se torna aún más arbitraria cuando se impone a personas en conflicto de derecho de familia.

No se ajusta a la razonabilidad ni al sentido de justicia que el Estado imponga la necesidad de enfrentarse cara a cara con otra persona dada la complejidad de las relaciones de familia, máxime considerando la posición de la mujer y de los menores y sin control de autoridad estatal.

La política pública analizada obliga a que las partes se reúnan frente a frente en una mediación e intenten ponerse de acuerdo en la solución de conflictos, lo que si bien es arbitrario en la mayoría de los casos, más aún cuando se trata de relaciones de familia,

⁶⁵ Cabe aclarar que la CSJN se expidió en favor de la Constitucionalidad de la ley nacional de mediación, que también acuerda carácter obligatorio a la realización de una mediación previa.

es oportuno obligar a una mujer a discutir sus intereses, o los de sus hijos menores de edad, en el marco de una separación o divorcio?

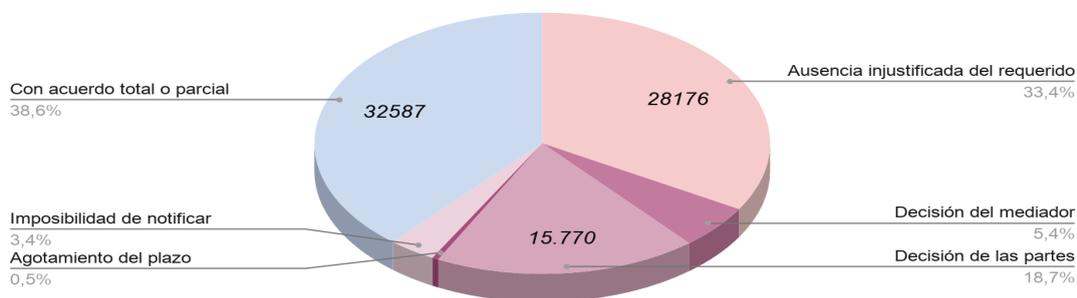
5.1.4.2. Del análisis costo/beneficio. ¿Incentivo para el abandono del caso?

Reiteramos que en la provincia de Santa Fe el sistema de mediación MPO no es gratuito y que los costos para el ciudadano que debe requerir una mediación son elevados. Reparemos además, que entre los costos se encuentran los que efectivamente debe erogar, y también los llamados costos de transacción.⁶⁶

Entre los primeros encontramos los gastos que hemos enumerado en el apartado 5.2.1. Entre los segundos encontramos el tiempo que insume el procedimiento, la injusticia de que el requerido no pague costo alguno en el procedimiento, la posibilidad de que el requerido no se presente en las audiencias o manipule el procedimiento para demorarlo hasta el máximo permitido, todo ello sumado a las estadísticas que nos muestran que la mediación no resolvió los conflictos en un 62% de los casos iniciados entre el 2011 y 2018 según datos publicados por la provincia de Santa Fe. Si consideramos los datos correspondientes a 2018, encontramos que del total de las mediaciones finalizadas en materia de familia, en un 64,86% no se resolvió el conflicto, mientras que en materia civil y comercial el porcentaje se eleva a un 89,28%.

Gráfico Nro 10. Mediaciones según finalizan en la Provincia de Santa Fe. 2011/2018.

Mediaciones según finalizan. Provincia de Santa Fe 2011/2018



Elaboración propia en base a datos obtenidos de la Provincia de Santa Fe. Datos disponibles en: <https://www.santafe.gov.ar/datosabiertos/dataset/mediaci%C3%B3n-prejudicial/resource/76ea7143-1e00-4daa-8cf5-895648032e54#{}>

⁶⁶ Aquellas características o dimensiones de una transacción que hacen el intercambio problemático o sumamente costoso.

Gráfico Nro 11. Mediaciones de Familia según finalizaron en la Provincia de Santa Fe. Año 2018.

Mediaciones de familia según finalizaron. Provincia de Sante Fe 2018.

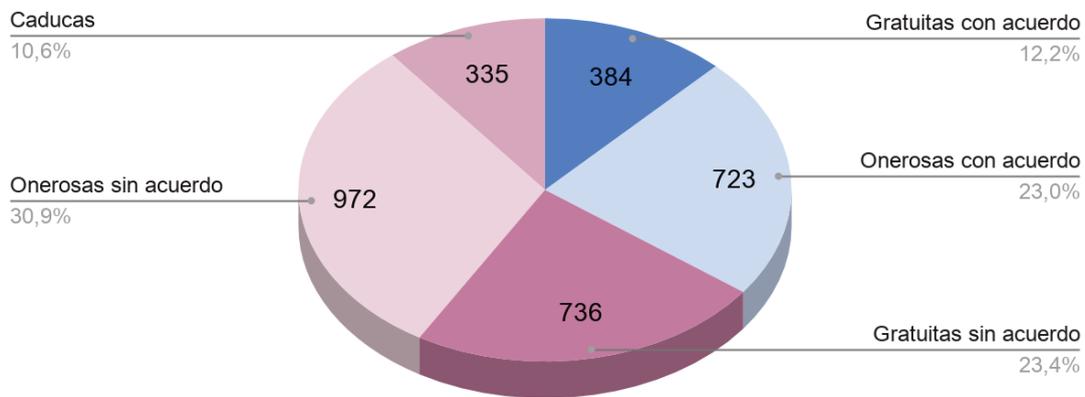
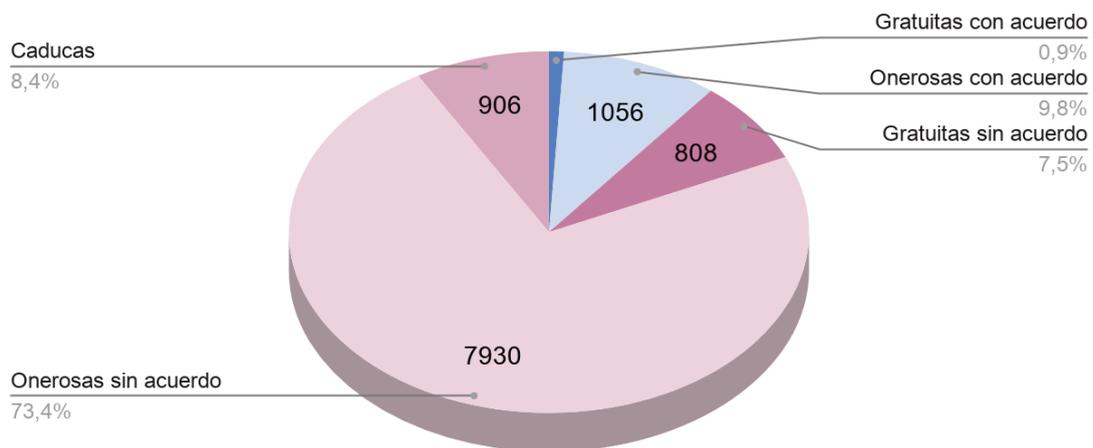


Gráfico Nro 12. Mediaciones en materia Civil y Comercial según finalizaron en la Provincia de Santa Fe. Año 2018..

Mediaciones Civil y Comercial según finalizaron. Provincia de Santa Fe 2018



Ambos gráfico elaboración propia en base a datos obtenidos de la Provincia de Santa Fe. Datos disponibles en: <https://www.santafe.gob.ar/datosabiertos/dataset/mediaci%C3%B3n-prejudicial>.

En consecuencia, es probable que el justiciable, previo a tomar la decisión de iniciar un procedimiento de mediación prejudicial obligatorio, evalúe la relación entre costos y beneficios que le brindará el mecanismo.

Los costos son una certeza, en el sentido de que deben abonarse en el cortísimo plazo, incluso algunos en el inicio mismo del procedimiento.

El beneficio que puede obtener es una eventualidad, ya que depende múltiples factores, a saber:

- 1) que el requerido reciba las notificaciones (3,4% de las mediaciones fracasan por imposibilidad de notificar)
- 2) que se presente a las audiencias (33,4% de las mediaciones fracasan por ausencia injustificada del requerido)
- 3) de que obre de buena fe,
- 4) y de que finalmente acceda a la pretensión del solicitante, y luego la cumpla.

Esa relación costo / beneficios, en una considerable cantidad de casos operará como un desincentivo para intentar resolver el conflicto, mediante un procedimiento de mediación, y por ende, mediante un litigio.

5.1.4.3 De los casos que involucran personas en situación de vulnerabilidad.

Como planteamos en el marco teórico, el Estado argentino ha asumido compromisos para ampliar y facilitar el acceso a la justicia a todas aquellas personas alcanzadas por la condición de vulnerabilidad.

Se observan cuatro situaciones en las que la política pública actuaría en detrimento de dichas personas, a saber:

Situación de vulnerabilidad "pobreza":

La normativa provincial establece un mecanismo para aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza y no pueden afrontar los costos que implica la MPO:

- 1) El requirente o requerido que no pueda afrontar el pago de honorarios a un abogado patrocinante, debe manifestarlo y de comprobarse el extremo de pobreza, se redirecciona a la persona sin recursos a alguna de las entidades que puedan proveer la asistencia letrada gratuita. Dichas entidades pueden ser las Defensorías Generales del Poder Judicial de la Provincia, Colegios de Abogados, Organizaciones No Gubernamentales, o cualquier institución privada o repartición pública que se encuentre en condiciones de prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita.
- 2) Además, en caso en que el requirente de mediación no pueda afrontar los gastos de mediación, previa acreditación de dicha circunstancia, será eximido de la obligación de pagarlos, al menos de manera inicial, ya que si la mediación finaliza con un acuerdo con contenido económico, deben abonarse todos los rubros.
- 3) Por último, los mediadores deben realizar como carga pública cierta cantidad de mediaciones gratuitas, aunque en caso de que la mediación finalice con acuerdo de contenido económico, deberán abonársele los honorarios.
- 4) El procedimiento para probar la situación de pobreza se realiza ante la AGEM, quien evalúa la situación y decide si la situación de pobreza está debidamente acreditada. La reglamentación sólo contiene un dato objetivo concreto acerca de cómo probar la pobreza, y es que el procedimiento no debe tardar más de cinco días, careciendo de un menú claro de elementos de prueba o de criterios para su valoración.⁶⁷ La decisión de la AGEM que deniega el pedido de tramitación sin gastos es irrecurable.

De lo relatado podemos observar que el Estado, a través de su política pública de MPO, establece la obligación de solventar el sistema en cabeza de la sociedad civil, tanto mediadores como abogados asistentes, ante la necesidad acreditada de un justiciable en situación de pobreza.

Así, exige que cuando la agencia de gestión de la mediación estime suficientemente probada la condición de pobre, sean los profesionales abogados y mediadores los que deban realizar su trabajo de manera gratuita para que el justiciable pueda cumplir con el requisito previo de la mediación prejudicial obligatoria, para luego, en caso de no solucionarse en conflicto en esta instancia, pueda acceder a la vía

⁶⁷ Para determinar la imposibilidad de contratar patrocinio letrado, y sin perjuicio de las constataciones que pueda efectuar la entidad interviniente, la Oficina de Gestión, a partir de la solicitud correspondiente, realizará en un plazo no mayor de 5 días las gestiones que estime pertinentes, siguiendo las directivas de la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales

jurisdiccional (que sólo exige una simple declaración jurada de no contar con recursos para abonar gastos judiciales.)

La política pública no es del todo compatible con las Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad y además, exime al Estado de su deber de absorber los costos que no pueden ser asumidos por las personas de menores recursos, direccionando dicha carga a profesionales (mediadores y abogados) que se ven obligados a actuar gratuitamente.

La gravedad mayor del caso, es que la decisión de la Agencia de Gestión de la Mediación respecto a si una persona se encuentra o no en situación de vulnerabilidad, no dará lugar a recurso alguno. En consecuencia denegado el acceso a la mediación prejudicial obligatoria a una persona sin recursos, es una denegación tácita al acceso a la vía jurisdiccional.

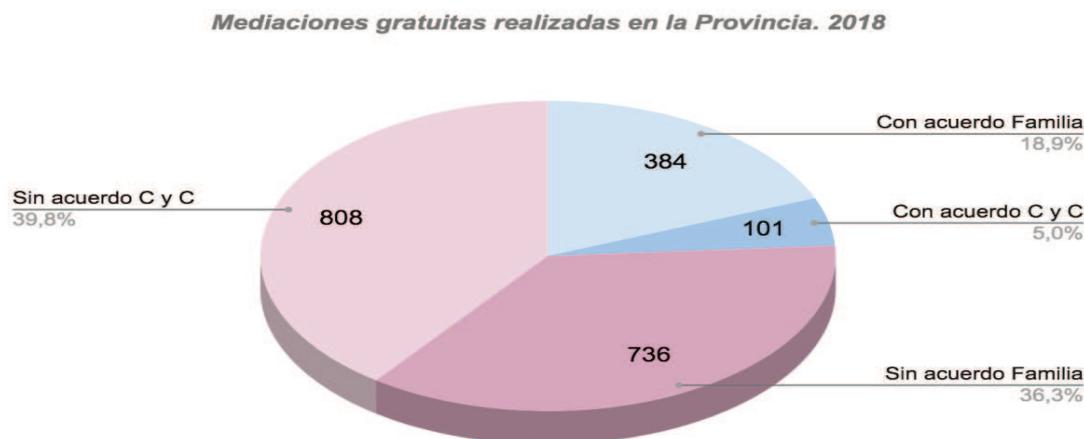
Por último, y al mero efecto comparativo la ley provincial 13.615⁶⁸ estableció la gratuidad del acceso a la justicia mediante una mera declaración jurada del justiciable, y se evalúa la capacidad financiera (y no económica) del mismo para afrontar los gastos de justicia.

Antes de la vigencia de dicha ley, el justiciable debía iniciar un trámite judicial breve para acreditar su situación mediante la presentación de informes de distintos organismos públicos, y ante la comprobación de existencia de algún bien inmueble o mueble registrable, podía rechazarse la declaración de pobreza.

Con un criterio de ampliación de derechos, se invirtió el principio, ya que el que alega la pobreza no debe probarla y además, no se hace un análisis patrimonial del solicitante, sino financiero, esto es, la capacidad real que tiene de pagar los gastos de justicia, sin tener que enajenar su patrimonio para ello.

⁶⁸ Sancionada el 22/12/2016. Promulgada el 30/01/2017. Publicada B.O. 06/02/2017.

Gráfico nro 13. Mediaciones gratuitas realizadas en la Provincia en el año 2018.



Elaboración propia en base a datos obtenidos de la Provincia de Santa Fe. Datos disponibles en: [:https://www.santafe.gob.ar/datosabiertos/dataset/mediaci%C3%B3n-prejudicial](https://www.santafe.gob.ar/datosabiertos/dataset/mediaci%C3%B3n-prejudicial).

Este gráfico nos ilustra que en 2018 se realizaron 2029 mediaciones gratuitas, de las cuales 1544 (76.10%) finalizaron sin acuerdo. Esto se traduce en 1544 mediadores que no han percibido sus honorarios y 1544 personas vulnerables a las que se le ha impuesto una doble vía para obtener la tutela de su derecho.

Entrevista Informante P.E: *"hubo un mayor crecimiento desde 2017 de solicitudes de mediaciones de carácter gratuito, y en gran parte culminaron por la no obtención de la declaración de gratuidad o fueron dejadas a mitad de camino por algunos pasos que deben dar para acceder a la mediación gratuita, y también está el componente económico por parte del mediador que no desea hacer la mediación porque no percibirá sus honorarios. Y como se ha convertido en un medio de trabajo, hacen presión en ese sentido."*

Situación de vulnerabilidad en las relaciones de familia "género" y "minoridad":

Entre el 2011 y el 2014 prácticamente todo lo relativo a las relaciones de familia estaba exento de la obligación de ser sometido a MPO.

Con la evolución de la normativa, luego de la reglamentación de la ley 13.151, parecería haberse invertido aquel principio general, y ahora todo conflicto que verse sobre relaciones de familia, y que no involucre el orden público familiar, es

materia de MPO, a excepción de aquellos casos que se hayan planteado en alguna Defensoría General, insertadas en la estructura orgánica del Poder Judicial, en cuyo caso se considera agotada la vía prejudicial.

Las relaciones de familia pueden involucrar personas en dos tipos de situación de vulnerabilidad:

1) menores de edad, cuya integridad es protegida desde el Estado argentino por un andamiaje institucional y jurídico.

2) mujeres, cuya condición de vulnerabilidad es innegable, tanto así que el Estado también ha producido políticas en todos los órdenes (Nacional, provincial y hasta municipal) tendientes a proteger a las mujeres contra todo tipo de violencia, sea física, sea emocional, sea psicológica, sea económica.

Se observa una discordancia entre el énfasis protectorio del Estado en relación a menores y mujeres, y la ausencia de protección que genera o puede generar, el hecho de dejar librado al ámbito privado los acuerdos en los conflictos de familia.

Deben distinguirse dos situaciones: en primer lugar, los acuerdos privados en relaciones de familia pueden existir siempre, los pactos diarios entre familiares sobre cómo desarrollar la vida son innumerables. En segundo lugar, y distinto al anterior, es el supuesto de cuando el conflicto ya no puede solucionarse espontáneamente, y cuando el pacto no es posible debe recurrirse al Estado para su solución efectiva.

En este sentido, cuando una mujer (por sí misma o en representación de sus hijos) busca una solución en el Estado y es éste mismo el que previamente deriva la gestión de dicha solución a un sistema que le pide que intente ponerse de acuerdo con quien no pudo ponerse de acuerdo espontáneamente, se advierten indicios de abandono del Estado en su calidad de protector y garante de la tutela efectiva de las personas.

Citar algunos casos puede resultar aclaratorio al efecto:

- Conflicto reclamo de alimentos para hijos menores solicitado por la madre al padre de los menores. En la mediación se llega a un acuerdo que puede ser insuficiente o perjudicial para los menores. No hay control de ningún organismo estatal al respecto.

- Conflicto régimen de comunicación de menores con los padres. En la mediación se llega a un acuerdo que no es beneficioso para los niños. No hay control de ningún organismo estatal al respecto.

- Conflicto división de bienes luego del divorcio. En la mediación se llega a un acuerdo que perjudica a la mujer. No hay control de ningún organismo estatal al respecto.

Si bien la ley utiliza en dos ocasiones la válvula de escape de la intervención judicial⁶⁹ para exceptuar la obligatoriedad del sometimiento a MPO, “salvo motivos graves y urgentes que impongan la intervención judicial”, o “cuando su modificación o privación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez”, no puede desconocerse que los motivos graves que puede alegar una persona en situación de vulnerabilidad en materia de relaciones de familia, en general tienen que ver con algún tipo de violencia ejercida por alguno de los términos de la relación, y rara vez quiera ser puesta de manifiesto por quien la sufre.

Por los motivos expresados entendemos que la mediación prejudicial obligatoria en materia de relaciones familiares es una herramienta disfuncional.

Cabe destacar como mero dato, que existe una forma de solucionar conflictos en las relaciones de familia mediante la autonomía de la voluntad, mediante un acuerdo celebrado por las partes, presentado a la justicia para su homologación, que implica muy poco tiempo y actos procesales, con los correspondientes controles estatales por parte del Juez y de la Defensoría en caso que se involucren intereses de menores.

Situación de vulnerabilidad en las relaciones de consumo derivada de la posición de “consumidor”.

Dispone el artículo 4 ley 13.151

“El procedimiento de mediación previsto por esta ley no será de aplicación en los siguientes supuestos: (...) inciso m) En general, todas aquellas

⁶⁹ Artículo 4 ley 13.151: Serán objeto de mediación familiar los conflictos que surjan entre las personas unidas por vínculos familiares, siempre que guarden relación con los siguientes asuntos:(...) b) ejercicio de la parentalidad de niños, niñas y adolescentes salvo cuando su modificación o privación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez; c) régimen de comunicación entre adultos y niños, niñas y adolescentes, incluyendo abuelos y miembros de las familias extensa o ensamblada, salvo motivos graves y urgentes que impongan la intervención judicial;

cuestiones en que esté involucrado el orden público o, que resulten indisponibles para los particulares (...)”

Luego de 8 años de implementación la reglamentación de la Ley (mediante decreto 184/19) agregó:

“inciso m): La exclusión prevista en el presente inciso, comprende aquellas causas que se enmarquen en las disposiciones de la Ley N° 24.240 y modificatorias, siempre que sean iniciadas por consumidores o usuarios.”

En los considerandos del decreto se aclara:

“tal excepción se encuentran previstas aquellos conflictos que se generen en el marco de relaciones de consumo de conformidad con lo previsto en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y el Código Civil y Comercial, en tanto sean iniciados por consumidores o usuarios, a tenor de las previsiones del artículo 65° de la mencionada Ley N° 24.240 -que establece el carácter de orden público de todas sus disposiciones y de su artículo 53° el cual establece que -en principio- las actuaciones judiciales que se inicien en el marco del régimen tuitivo de consumidores y usuarios, son de carácter gratuito para éstos. “

Existe un reconocimiento expreso por parte del Estado en que durante ocho años se obligó a personas a someter sus reclamos a Mediación Prejudicial en sus relaciones de consumo, en claro detrimento de los consumidores y en franca oposición a normas de carácter superior como la ley nacional 24.240 de Defensa del Consumidor.

Pero, al margen de la modificación incluida en el 2019, que se celebra por ajustarse a derecho, lo cierto es que la norma sólo desobliga la instancia de mediación prejudicial cuando la mediación es requerida por el consumidor. O sea, si el conflicto es planteado por la empresa (el otro término de la relación), el consumidor podrá ser requerido a comparecer a la instancia de mediación y en ese marco quedar liberado a una negociación en la que está en situación de inferioridad, y todo ello sin intervención de autoridad estatal.

En este sentido entendemos que se trata de una herramienta disfuncional.

5.2. ¿Hay que continuar o terminar la política?

Entendemos que de continuar, debe ser modificada en varios aspectos, se formularán recomendaciones es el siguiente capítulo. En este sentido, los

entrevistados han proporcionado su visión acerca de los motivos por los cuáles el programa implementado debería ser modificado.

Entrevista Informante C.A: *“Yo creo que es algo necesario pero con ciertas modificaciones o retoques, no se si se va a llegar a la conformidad de todos los operadores del sistema pero si hay que llegar a un esquema de equilibrio. Por supuesto que todo sistema es perfectible, y por supuesto que nunca van a estar todos de acuerdo, por ejemplo los abogados litigantes que no están de acuerdo con este sistema, abogados mediadores que sí, porque es una herramienta de trabajo, pero como dijiste, hay que ver la mirada del justiciable, si verdaderamente es una herramienta para solucionar el conflicto o reducir la litigiosidad. Yo creo que hoy el ciudadano evalúa su causa puntual, y cuando tiene que pagar una suma de dinero siempre va a estar en contra. No obstante, a priori estarían de acuerdo siempre y cuando se le resuelva el conflicto, el tema es que es una eventualidad. (...) requiere un grado de madurez de todos los actores del sistema tendiente a lograr una normativa que tienda a generar un equilibrio que es lo más difícil. O sea que beneficie a quienes son los destinatarios del sistema que son los justiciables que buscan la solución de sus problemas que le generan desequilibrios en sus vidas cotidianas.”*

Entrevista Informante P.J: *“En la mediación judicial, los mediadores insisten, te llaman una vez, dos veces, y persiguen la solución del conflicto, no como en la del Estado que no comparecen y la dan por terminada. Y por eso tienen mejores resultados. Es importante que nuestros mediadores lo hacen por convicción, no son rentados como los otros y eso habla de la vocación de servicio. La postura de la Corte siempre fue favorable. porque es un medio positivo, la contra es de los abogados, y además la mediación del Estado es cara, debería ser más barata o gratuita, y si fracasa lo ideal sería que fuera gratuita, o voluntaria. Lo he hablado en reiteradas oportunidades con el anterior Ministro de Justicia (que heredó el sistema) y coincidía conmigo en las apreciaciones, hay mucho que modificar y reconoció que el sistema era caro.”*

Entrevista Informante P.E: *“Sin duda que hoy a 10 años vista de la entrada en vigencia, la mediación lejos está de brindar la solución que se propuso el legislador porque las contingencias sometidas a mediación va la cantidad de soluciones no es exitoso. Estamos hablando que en 10 años solo un 15 o 17% han conciliado sus intereses en pugna, por lo tanto, en términos de resultados no ofrece lo que se propuso. No obstante, no es para desmerecer el sistema sino para agudizar el ingenio y la necesidad de que los estamentos educativos en cualquiera de sus órdenes propicien el diálogo como solución de controversias y además que los mediadores nunca dejen de profesionalizar su incumbencia. Esto es responsabilidad de un sinnúmero de agentes, el Estado, institucional de quienes nuclea a los mediadores y a los mediadores mismos.”*

Hay que generar la cultura de que la mediación sirve, es útil y además que permite abaratar los costos de un proceso y que no sea vista por los operadores del derecho (abogados) de que es un peaje previo al acceso del juicio. Entonces me parece que esa confluencia de factores hace que la mediación no dé los frutos que todos esperamos.

No hay sistema perfecto, todo es perfectible. De hecho, las cuestiones sensibles, hay que hacer mayor incapié por parte del Estado en general, no es materia del ejecutivo solamente, pero no podemos engañarnos, que hay un componente económico que en este nuevo estado constitucional de derecho en que la mayoría de los derechos se los reconoce como operativos, es decir que solamente debe exigirse su respeto y cumplimiento, las arcas del Estado en esta contingencia económica que estamos atravesando desde hace unos cuantos años, muchas veces no permiten satisfacer esos derechos en tiempos reales porque no existen los recursos para ello. Ni económicos ni formales ni humanos, muchas veces corremos atrás de la pelota, pero obviamente debe haber una atención, de hecho hubo un mayor crecimiento desde 2017 de mediaciones de carácter gratuito en virtud de las cuales el índice de no acceso o culminación en fracaso, culmina por la no obtención de la declaración de gratuidad o la dejan a mitad de camino por algunos pasos que deben dar para acceder a la mediación gratuito, y allí está el componente económico por parte del mediador que no desea hacer la mediación porque no percibirá sus honorarios. Y como se ha convertido en un medio de trabajo, hacen presión en ese sentido. Es por ello que hay hacer autocrítica. El mediador debe asumir el trabajo con liderazgo. "

CAPÍTULO VII. Conclusiones y recomendaciones.

De la información estadística consultada (toda la existente) recopilada, su posterior análisis pormenorizado y sistematización consciente en torno al objetivo de nuestro trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones, recomendaciones y por qué no, reflexiones finales.

1. Conclusiones.

1. El sistema formal de administración de justicia en la provincia de Santa Fe se asumía en el 2010, con indicios de fallas que resentían su funcionamiento y lo tornaban ineficaz para cumplir su finalidad principal, que es la de brindar tutela a los derechos de los ciudadanos consagrados constitucionalmente.

2. Las principales alarmas eran la onerosidad del acceso a la justicia y la dilación de los plazos que implicaba la tramitación de un procedimiento judicial en causas privadas. Una de las principales condicionantes era el aumento de la litigiosidad y la sobrecarga de procedimientos judiciales existentes en tribunales.

3. Los Poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial de la Provincia de Santa Fe intervinieron en el problema, con varios programas, en diferentes momentos. El fortalecimiento del sistema judicial, fue llevado a cabo mediante la creación de nuevos juzgados, la especialización de los mismos, y la modificación en los procedimientos.

4. Se incluyó, también, a los mecanismos alternativos de solución de conflictos entre los objetivos de la política judicial dentro de la estructura del Poder Judicial, mediante la implementación de la Mediación Judicial, con características de gratuita y voluntaria para el justiciable.

5. Los resultados de la mediación judicial, a 20 años de su implementación pueden considerarse satisfactorios. No obstante, no cabe ser comparado con los resultados de la MPO ya que son sustancialmente diferentes.

6. En 2010 la provincia decidió recurrir a la implementación de una política pública de desjudicialización de los conflictos interpersonales, concretamente la MPO, primero en causas civiles y comerciales, para luego extenderse luego a las causas de familia

7. Dicho programa implicó una innovación en cuanto a las políticas implementadas hasta el momento, y en gran parte fue posible y obtuvo los consensos necesarios para su aprobación, dado que entre los actores alcanzados por la misma se encontraba el Estado.

8. Entre los objetivos anunciados para la implementación de la MPO se fundaban en: reducir el ingreso de causas al Poder Judicial y dotar a los particulares de mayores espacios de libertad para resolver sus conflictos

9. El sistema está implementado de manera tal que el Estado aparece como un coordinador de la tarea de la sociedad civil y los particulares, siendo éstos últimos quienes en definitiva se "proveen" del servicio público de mediación.

10. La evaluación de eficacia, a 8 años desde su implementación nos permite observar que la MPO:

11 No produjo una reducción en la litigiosidad en la Provincia.

12. Entre 2011 y 2018, la instancia para intentar solucionar conflictos privados se repartió de la siguiente manera: 95,2% por la vía judicial y 4,8% por la vía de MPO. Esto nos ilustra que es prácticamente irrelevante la conflictividad resuelta (o que se intenta resolver) mediante MPO.

13 La leve reducción entre los años 2012 y 2014 no obedeció a la MPO, dado que no existe proporcionalidad entre reducción de causas ingresadas al Poder Judicial y aumento de mediaciones. Además, la situación económica próspera (en general) en dichos años puede explicar una reducción en el nivel de incumplimientos de pagos, y en el inicio de causas por necesidad de liquidez de los justiciables. Hubo una leve disminución de ingreso de causas en el Poder Judicial entre los años 2012 y 2014 (ambos inclusive), pero luego comenzó a subir superando el nivel anterior a la fecha de implementación de la MPO.

14. Podemos aseverar que la MPO no resulta sustancialmente menos onerosa para el justiciable que la acción judicial, dado que las sumas que debe desembolsar el mismo es incluso superior en el caso de la MPO.

15. El sistema de MPO es mucho más económico para el Estado que sostener el funcionamiento del Poder Judicial. Este último tuvo en 2018 un presupuesto de \$ 7.953.859.746.-, mientras que el primero sólo le insume al Estado la sumatoria de mantener activas cinco (5) oficinas, que son las delegaciones de AGEM y el salario de los empleados administrativos del mismo (a cuyos datos y montos no pudimos acceder, dado que a pesar de ser solicitados, la Administración no los otorgó)

16. Aseguramos que el procedimiento de MPO es más ágil y corto en cuanto a plazos que el judicial. Aunque es una mirada engañosa dado que en el caso en que no se resuelva el conflicto en esa instancia, debe recurrirse a la instancia judicial y representa una dilación de los plazos para resolver el conflicto.

17. Del análisis de calidad: surge que la MPO haya no *“despliega mayores ámbitos de la autonomía y de la ejemplaridad, promoviendo una mayor comprensión y aceptación recíproca de las posiciones de las partes”* (sic) Principio inspirador de la exposición de motivos, a nuestro entender por el carácter de obligatorio de la instancia del procedimiento.

18. Introducir una instancia obligatoria y previa al acceso a la Justicia, retrasa y en algunos casos obstaculiza dicho acceso. La obligatoriedad resulta aún más disfuncional cuando se aplica a las relaciones de familia, que siempre involucran una gran carga de componentes emocionales. No luce razonable ni justo someter a dos personas que se han distanciado de hecho a una negociación privada sin control estatal.

19. La obligatoriedad sumada a la onerosidad para el requirente, opera como un desincentivo para quien debe instar dado que la ecuación racional costo, beneficio y probabilidad de éxito, no resulta alentadora.

20. El sistema de MPO no mejoró la situación de personas de escasos recursos económicos (si lo comparamos con la vía judicial) ni resolvió correctamente el acceso a la justicia respecto a las personas en situación de pobreza. Ello así porque dispone de un

mecanismo poco claro para acreditar la falta de recursos y además la decisión de otorgar el beneficio de la gratuidad está en manos de un organismo administrativo (AGEM), cuya decisión al respecto es irrecurrible.

21. En caso que la persona en situación de pobreza pueda acreditar su condición con éxito, el Estado pone en cabeza de la sociedad civil y de los privados el financiamiento de dicha situación de pobreza, ya que obliga a profesionales (abogados y mediadores) a trabajar de manera gratuita.

22. El sistema de MPO no protege adecuadamente a mujeres y menores, en las relaciones de familia. Se incluye en la obligatoriedad de someter a mediación conflictos que involucran intereses de los mismos cuya situación frente a la contraparte es mayoritariamente desigual. La ley entiende que existe posibilidad de autocomponer intereses, desconociendo la indisponibilidad de los derechos.

23. El sistema de MPO no protege adecuadamente a las personas en su calidad de consumidores frente a las empresas, por similares motivos que la conclusión anterior.

Conclusión Final:

La política pública implementada por la ley 13.151 tensiona con el derecho humano fundamental, el derecho a la Jurisdicción. Esta tensión representa un retroceso en cuanto al imperativo de ampliar el derecho de acceso a la Justicia, garantizado por la Constitución Nacional, Reglas de Brasilia y legislación nacional y provincial.

2. Recomendaciones

Luego de la investigación, entendemos que queda planteado un nuevo problema que puede dar impulso a un nuevo ciclo de política pública. Asimismo quedan planteadas cuáles son las dimensiones del problema y los afectados por el mismo.

En consecuencia podría plantearse la necesidad de reformar los dispositivos que intervienen en la problemática y redefinir los mismos para informar a la política pública de los valores del Estado democrático y social de derecho,

fundamentalmente el de asignar justicia para el caso concreto, actuando el Estado, a través del Poder Judicial, como igualador.

En este sentido, entendemos que:

1. Debería excluirse la posibilidad de mediación en los casos que involucren derechos indisponibles o de orden público, dejando siempre en claro que se busca evitar que los conflictos entre personas en situación desigual resuelvan los mismos sin intervención del Estado.
2. Para aquellos conflictos que involucren derechos disponibles, la mediación debería ser optativa, en cuyo caso puede ser onerosa.
3. En los mismos casos descritos en la anterior recomendación, y en caso de imponerse la mediación como obligatoria, entonces debería ser gratuita.
4. Entendemos que sólo debería imponerse el costo de la mediación a los justiciables, en caso de que la misma culmine con acuerdo entre las partes.
5. Entendemos que, como objetivo final, debería desvincularse por completo la mediación del sistema judicial, porque este último, como función pública fundamental, debe estar cada vez más disponible para los justiciables.
6. Entendemos que la colaboración de la sociedad civil es valiosa en tanto y en cuanto sea una elección del justiciable recurrir a ella y no tenga costo económico. Solo así, se lograría un aporte real al objetivo último de cohesión social (aún cuando no se resuelva el conflicto). Pero de ninguna manera la intervención de la sociedad civil o de privados debería ser impuesta ni mucho menos con costos económicos para el justiciable.

Bibliografía.

- Aguilar**, L. Marco para el análisis de las políticas públicas. *Política pública y democracia en América Latina. Del Análisis a la implementación*, 11-31. 2009.
- Alvarado Velloso**, A. La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses, en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", 1986
- Alvarez**, G. La Mediación y el acceso a la Justicia. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.
- Alvarez**, G. "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas." Reforma judicial en América Latina. 2014.
- Bardach**, E. The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law, Massachusetts Institute of Technology Press, 1978.
- Botassi, C. Estado de Derecho y Estado de Justicia. Derecho Constitucional y Administrativo. Editorial Juris. Buenos Aires 2002.
- Cappelletti**, Mauro y Bryan Garth. El acceso a la justicia. La tendencia mundial para hacer efectivos los derechos. Fondo de Cultura Económica. México 1996
- Cassagne**, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.
- CEPAL**. Eugenio Lahera. Política y políticas públicas (Vol. 95). 2004.
- Chaires Zaragoza**, J. La independencia del poder judicial. Boletín mexicano de derecho comparado, 2004
- Conejero**, E. "Sinergia entre las organizaciones públicas y privadas: nuevos modelos de gobernanza para la provisión de bienes y servicios." 2015.
- Couture**, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Montevideo, Buenos Aires: Fairs, 2002
- Cumbre Judicial Iberoamericana**. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. 2008.
- De Armas Hernández**, Manuel. La mediación en la resolución de conflictos. Educar, Barcelona.2003.
- Diccionario** de la Real Academia Española 2019
- Dye**, Thomas R. "Understanding Public Policy", 12th ed., New Jersey, Prentice Hall. 2008
- Easton**, D. A framework for Political Analysis, Ed. University de Chicago Press, 1965
- Estévez**, Alejandro M., Charles O. Jones, and James Anderson. "El modelo secuencial de políticas públicas treinta años más tarde." Centro de Investigación en Administración Pública, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires (2002).
- Fernández Arroyo**, N y otro. "Planificación de políticas, programas y proyectos sociales." Buenos Aires: CIPPEC y UNICEF 2012.
- Fiss**, Owen Against the settlement. Conferencia en Universidad de San Francisco (USA) 6/2/84.

- Forrester**, John. «Bounded rationality and the politics of muddling through», en: *Public Administration Review*. 1984
- García-Rubio**, M., & Rosales-López, V. Justicia y economía: evaluando la eficiencia judicial en Andalucía. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2010
- Gelli**, M. A. Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada. La Ley. Buenos Aires 2005
- Gordillo**, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Buenos Aires. Macchi 1º Edición., 1974
- Gozaini**, O. "Formas alternativas para la resolución de conflictos." Depalma, Buenos Aires 1995.
- Guasp**, Jaime. Derecho procesal civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- Guibourg**, Ricardo. "Negociación, conflicto y justicia" *eldial.com*.1999.
- Guy Peters**, B. "El proceso político: una perspectiva institucionalista". *Canadian Public Administration* 35.2 (1992): 160-180.
- Hernández**, G. El análisis de las políticas públicas: una disciplina incipiente en Colombia. *Revista de estudios sociales*, 80-91. 1999.
- Highton**, E I - Álvarez, Gladys. Mediación para resolver conflictos. Editorial Ad Hoc, Año de edición: 1996 y 2013.
- Iturralde**, Victoria. Precedente judicial. Eunomía. Revista en cultura de la legalidad. Madrid, 2013.
- Jaime**, F, et al. *Introducción al análisis de políticas públicas*. Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013.
- Jones**, C, An introduction to the study of public policy, Ed. Duxbury Press, USA. 1970.
- Kelsen**, H. Teoría pura del derecho (traductor Nilve, Moisés. 9a. reimpr.). Eudeba, 2009.
- Kemelmajer de Carlucci**, A. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, 1º edición Infojus. 2014.
- Lindblom**, CH. «The science of muddling through» en: Polsby, Nelson; Dentler, Robert & Paul Smith [eds.], *Politics and social life: An introduction to political behavior*, Ed. Houghton Mifflin Company, USA. 1963.
- Lindblom**, CH. El proceso de elaboración de las políticas públicas. Madrid, 1991.
- Medina**, G. Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza. La Ley 2017-F, 663 género, discapacidad y pobreza
- Meny**, Y., Thoenig, J. C., & Morata, F. *Las políticas públicas* (No. 350 M45Y.). Barcelona: Ariel. 1992.
- Montesquieu** (Charles Louis de Secondat), Del espíritu de la leyes. Librería general de Victoriano Suarez, Madrid. 1906.

- Nava González, W., & Breceda Pérez, J. A.** Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana. Cuestiones constitucionales, 2017
- Oszlak, O.** Implementación participativa de políticas públicas: aportes a la construcción de un marco analítico. 2008.
- Parisi, F.** "La génesis de la responsabilidad en la ley antigua". American Law and Economics Review 3.1. 2001.
- Pásara, L.** "Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil." Biblioteca cejamerica.org. 2015.
- Pascual, G. D.** Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. Revista de administración pública. 2014
- Peña Gonzalez, C.** Sobre el análisis económico y política judicial. Fundación Libra, 1996.
- Peyrano, J.** "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe" Editorial Juris, Rosario. 2004.
- Plan** Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina.
- Posada, G. F. P.** La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. Ius et veritas, 2003
- Pressman, J** y otro, Implementation: how great expectations in Washington are dashed in Oakland ; or, why it's amazing that federal programs work at all, this being a saga of the Economic Development Administration as told by two sympathetic observers who seek to build morals on a foundation of ruined hopes, Berkeley: University of California Press, 1973.
- Reglas de Beijing** (1985)
- Requejo Pagés, J,** Jurisdicción e independencia judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989
- Rosatti, H.** El derecho a la jurisdicción antes del proceso. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Rozenblum, S.** Mediación en la escuela. Editorial Aique. Buenos Aires: (1998).
- Salama Salama, Isaac.** "La justicia y el Poder". Revista Otras Políticas. Madrid. Septiembre 2012.
- Sola, J. V:** "La Corte Suprema y el Análisis Económico del Derecho", Revista La Ley, Año LXXIII N° 183, 2009
- Suares, M.,** Mediando en sistemas familiares, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002
- Tamayo Sáez, Manuel.** La nueva administración pública. Capítulo 11. El análisis de las Políticas Públicas. Madrid, 1997.
- Torré, Abelardo.** Introducción al derecho. Perrot, 1981.
- Truman, D.** The governmental process: Political interest and public opinion, Ed Knopf, 1951.
- Vargas, J,** "Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial," Anales de Jurisprudencia, 264, julio-agosto de 2003.

Vargas Pavez, M. Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación. Revista de derecho (Valdivia), 2008, vol. 21, no 2

Weber, M, Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva/Wirtschaft und gesellschaft. No. 316.282. Fondo de Cultura Económica, 1964.

William, L "El arte de negociar" Revista Libra Nro 2, 1992.

Zurbriggen, C. "Gobernanza: una mirada desde América Latina." Perfiles latinoamericanos 19.38 (2011): 39-64.

Legislación:

Constitución Nacional de la República Argentina.

Leyes Nacionales:

24.240

24.573

26.061

26.589

Constitución de la Provincia de Santa Fe

Leyes Provinciales

5531. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

10.160.

12.997

12.998

13.151 y decretos reglamentarios.

13.615

Páginas web consultadas:

<https://actualidadhumanitaria.com>

www.argentina.gob.ar

www.casf.org.ar

<https://economiafeminita.com>

www.educ.ar

www.justiciasantafe.gov.ar

www.santafe.gov.ar