

Marco Fandiño

Coordinador de Estudios y Proyectos de CEJA.

Recomendaciones para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia

Este artículo es un extracto de la publicación “Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial (MAPJ) para favorecer el Acceso a la Justicia en América Latina” publicada por CEJA en el año 2016 y financiada por el International Development Research Centre (IDRC) de Canadá con el objetivo de generar recomendaciones para la elaboración de políticas públicas destinadas a favorecer el acceso a la justicia de grupos vulnerables mediante la incorporación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial en América Latina.

Es importante advertir que en estas páginas se emplearán de forma indistinta la denominación MAPJ (Mecanismos Alternativo al Proceso Judicial, expresión utilizada a raíz de este estudio con la finalidad de ampliar el conocimiento hacia instancias no asociadas en los MASC tradicionales) así como también la expresión originaria y con más reconocimiento en la región, MASC en referencia a Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

1. Ampliar el catálogo de técnicas de resolución de conflictos para superar la visión restringida limitada al arbitraje, la mediación y la conciliación

Al analizar cómo se han regulado los MAPJ en América Latina se ha detectado una especial rigidez a la hora de establecer cuáles deben ser las técnicas concretas que se utilizarán para la resolución de los conflictos. En la gran mayoría de leyes generales de MASC dictadas a partir de la década de los años noventa, se habilita el uso del arbitraje, la mediación y/o la conciliación para la resolución de conflictos entre particulares. Analizando de forma comparada dicha legislación se pueden extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, la mayoría de los países se inclina por regular algunas técnicas de resolución de conflictos de forma restringida. Por ejemplo, la Ley 1770 de 1997 de Bolivia, limita al arbitraje y la conciliación como formas válidas para la resolución de conflictos entre sujetos jurídicos. El mismo fenómeno está presente en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2002

de El Salvador, en la que, en este caso, se limita a estas tres técnicas de resolución de conflictos.

Además, al analizar la legislación no se identifican razones concluyentes detrás de la decisión de regular la mediación para un caso civil e impedir a su vez que este conflicto pueda ser resuelto por conciliación o arbitraje, por ejemplo. Esta concepción restringida a la hora de regular solamente algunas técnicas de resolución de conflictos en detrimento de otras puede limitar gravemente la posibilidad de que las partes opten por recurrir a una instancia alternativa. Esto podría afectar también en aquellos casos en que exista una persona a cargo de la derivación del caso, la cual va a ver muy restringida su capacidad de actuación a las técnicas de resolución colaborativa de conflictos más clásicas.

En América Latina, todavía se mantiene la identificación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos solamente con el arbitraje, la mediación y la conciliación. A pesar de ello, en el último tiempo, producto de las importantes innovaciones en el ámbito de los Alternative Dispute Resolutions, se ha profundizado en mecanismos más sofisticados para la resolución de los conflictos como la negociación, la amigable composición, los mini juicios (mini-trial), los tribunales multipuertas (Multi-door Courthouse) y la ley colaborativa, por poner algunos ejemplos. Además, también se está innovando a través de procesos híbridos en los que se combinan diversas técnicas, lo que puede generar extraordinarios resultados en la resolución de conflictos. En el ámbito de los conflictos penales, los procesos relacionados con Justicia Restaurativa, no siempre se ven potenciados por una restringida visión que limita los MASC a la mediación y conciliación penal.

En ese sentido, podemos afirmar que existe una necesidad de fomentar la difusión y

el uso de otras técnicas de resolución de conflictos que, a pesar de ser desconocidas, pudiesen ser más idóneas en determinados tipos de conflictos. Además, es fundamental que las normativas existentes en la mayoría de países de la región avancen hacia una regulación más inclusiva que no limite la posibilidad de resolver conflictos solamente a través del arbitraje, la mediación y la conciliación.

2. Necesidad de realizar diagnósticos de oferta y demanda de forma previa a la implementación

Uno de los elementos analizados en el diagnóstico sobre Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial realizado, tiene que ver con el poco nivel de análisis de cuál es la demanda de justicia existente en la ciudadanía a la hora de implementar estas iniciativas. Como se pudo analizar en el estudio de caso sobre las Casas de Justicia en Colombia -elaborado por DeJusticia para el CEJA-, se produjo una forma de implementar las casas de justicia “sobre la marcha y según las circunstancias del momento” lo que también se ha podido percibir en otros países.

Para ello, se vuelve vital la elaboración de diagnósticos tanto de oferta como demanda, un elemento esencial a la hora de configurar una política pública de acceso a la justicia de estas características. En ese sentido, consideramos fundamental rescatar las palabras del PNUD¹ en el año 2005, mencionando que para tener una imagen fidedigna del estado del acceso a la justicia es necesario realizar un diagnóstico a través de dos estudios “diferenciados pero complementarios”.

En primer lugar, siguiendo al PNUD, se

¹ Manual de políticas públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe, PNUD, 2005, Publicado por INECIP en Argentina.

debería ejecutar un estudio de diagnóstico de las necesidades jurídicas de la población, y, a continuación, un estudio de los operadores y servicios de justicia para tener una idea de cuáles son aquellas herramientas a las que tiene acceso la población. A continuación, describiremos posibles metodologías a través de las cuales es posible ejecutar estos estudios a los que nos referiremos como diagnósticos de demanda y de oferta respectivamente.

a) Diagnóstico de demanda

Como se ha dicho con anterioridad, nuestra perspectiva de acceso a la justicia no se limita solamente al conflicto, ya que no toda la labor jurisdiccional se centra en la resolución de los mismos. Por el contrario, el acceso a la justicia debiera incorporar una serie de necesidades jurídicas insatisfechas de prevalencia en la población, que no siempre se manifestarán en un conflicto.

En esa línea, se ha podido percibir que, en muchos países, se ha tratado de obtener diagnóstico de la conflictividad en función del número de casos que ingresan al sistema de justicia formal o a los sistemas alternativos. Esta visión asociada a causas, limita e invisibiliza un gran conjunto de problemas de necesidad jurídica que, tal y como menciona el PNUD, pueden ingresar al sistema o no, e -incluso- ni siquiera ser expresados.

Siguiendo al PNUD nuevamente, una metodología general para diagnosticar dichas necesidades jurídicas podría tomar como referencias dos aspectos objetivos (las condiciones sociales y estructurales de la población y el grado de disfrute y realización de los derechos) y un elemento subjetivo (las percepciones y expectativas acerca del sistema de justicia).

Uno de los primeros estudios de estas características fue realizado en el año 2004 en el partido de Moreno en la provincia de

Buenos Aires.² En la actualidad, algunos países han avanzado con la realización de diagnósticos de necesidades jurídicas de estas características, como por ejemplo Colombia, donde la Corporación Excelencia en la Justicia, adaptando la metodología propuesta por PNUD, realizó un estudio de necesidades jurídicas insatisfechas en las localidades Chía y Armenia en 2007 y en Cali, Pereira y Apartadó en 2012. También en Colombia, la organización Dejusticia gracias al apoyo de la Cámara de Comercio de Bogotá, publicó en el año 2014 una Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas³. Otra Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas fue realizada por la consultora GFK Adimark Chile para el Ministerio de Justicia de Chile.

A nuestro juicio, los estudios y encuestas de necesidades jurídicas constituyen uno de las herramientas más precisas a la hora de realizar diagnósticos relacionados a la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial ya que la visión tradicional asociada a la identificación de conflictos con casos no permite obtener una imagen fidedigna de la conflictividad real de la sociedad. Asimismo este análisis en profundidad de las necesidades jurídicas permite articular una oferta de servicios mucho más amplia y que pueda incluir herramientas de difusión y formación en derechos.

b) Diagnóstico de oferta

Otro estudio fundamental a la hora de ejecutar un diagnóstico previo a la implementación de MAPJ tiene que ver con un estudio de la oferta de servicios de justicia existentes. A la hora de caracterizar los ámbitos de este diagnóstico, parece acertado continuar con la metodología propuesta por

.....
 2 <http://cippec.org/pics/Informes%20y%20docs%20de%20trab.%20NJI.%20Un%20estudio%20en%20el%20partido%20de%20Moreno.pdf>
 3 http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.619.pdf

PNUD, que distingue entre los siguientes actores: organismos estatales, organizaciones de la sociedad civil e instituciones tradicionales comunitarias.

Uno de los elementos sobre el que es necesario hacer énfasis tiene que ver con la necesidad de abandonar el estudio de la oferta del sistema de justicia oficial, de forma exclusiva. En ese sentido, debe generarse información acerca de otros servicios que puedan estar prestándose desde actores no institucionales como ONGs o autoridades comunitarias o indígenas. A la hora de implementar una iniciativa de política pública como los MAPJ, que tendrá una repercusión a nivel presupuestario, deben priorizarse aquellas regiones o localidades en las que el nivel de oferta de servicios de justicia sea bajo en todos los ámbitos anteriormente descritos. Por el contrario, implementar un MAPJ en una localidad en la que existe una fuerte tradición de resolución de conflictos en el ámbito de autoridades comunitarias o indígenas puede verse no sólo como un despilfarro de recursos, sino también como un intento de menoscabar aquellas formas de resolver conflictos.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que existen algunos casos en los que las necesidades jurídicas esconden otro tipo de necesidades que en ocasiones tienen un origen de carácter social más allá de lo jurídico. De hecho, en algunos servicios de información y orientación jurídica se deriva a otras instancias en las que se ofrecen prestaciones o servicios sociales que pueden coadyuvar a erradicar un supuesto conflicto jurídico. Por ejemplo, una demanda laboral puede tener como base un problema de conocimiento de la legislación laboral por parte del trabajador. En ese caso, más que activar la resolución del conflicto laboral, parece más adecuado derivarlo al ámbito de los servicios de información y orientación jurídica del Ministerio del Trabajo o del organismo correspondiente.

Los diagnósticos previos de oferta de servicios jurídicos no deben limitarse al estudio de la oferta de servicios de justicia oficial, sino también abarcar los sistemas alternativos y otras esferas como las ONGs y la justicia indígena o comunitaria. La realización de un diagnóstico previo de oferta de servicios de justicia puede contribuir a la mejor focalización de los recursos así como a no menoscabar otras formas de resolución de conflictos comunitarias o indígenas que estén en funcionamiento.

3. El debate entre la obligatoriedad y la voluntariedad: hacia una racionalización de la obligatoriedad

Uno de los debates más controvertidos en la implementación de MAPJ en América Latina ha sido la regulación obligatoria o voluntaria de los mismos. El movimiento en favor de la obligatoriedad tiene su origen en las experiencias más antiguas de América Latina, esto es, la Ley 23 de 1991 en Colombia y la Ley 24.573 de 1995 en Argentina. En la legislación colombiana inicial se reguló la conciliación administrativa obligatoria en materia laboral, mientras que en la regulación argentina se reguló la obligatoriedad de forma general.

Antes de profundizar en la temática es necesario hacer una aclaración. Cuando decimos que existen audiencias de mediación y/o conciliación obligatorias, obviamente no nos referimos a que exista ninguna obligación de llegar a un acuerdo sino de asistir a la audiencia. La denominación técnica más precisa, siguiendo la legislación colombiana, sería decir que es un requisito de procedibilidad.

La obligatoriedad o configuración de MASC como requisito de procedibilidad ha tenido impacto en otros países como Perú, Nicaragua, Uruguay o Chile (en materia

familiar). Uno de los principales problemas con la obligatoriedad ha sido la poca claridad con la que el legislador ha establecido la necesidad y la justificación de la misma. Por ejemplo, en Argentina, la legislación sobre mediación prorrogó por cinco años la obligatoriedad de la misma con la finalidad de que la mediación fuese conocida por la población y, por lo tanto, se viese potenciado su uso. Sin embargo, la siguiente normativa (Ley 26.589 de 2010) regula la obligatoriedad de forma definitiva.

Una de las grandes críticas a la obligatoriedad tiene que ver con la asociación que se hace de los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial como una herramienta de descongestión del sistema de justicia. Como CEJA ha reiterado en sus últimas publicaciones, el sistema de justicia civil en la región se caracteriza por su ineficiencia y el bajo acceso a la justicia que ofrece a la ciudadanía⁴. En ese sentido, la obligatoriedad de la mediación o la conciliación se ha visto como una posibilidad para reducir notablemente el número de causas que ingresan a los juzgados civiles. Por ejemplo, la Ley 23 de 1991 de Colombia se denomina de forma explícita “ley que crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales”.

Una de las desventajas de este fenómeno es que no se han encontrado estudios concluyentes que aseguren que la obligatoriedad de la mediación o la conciliación extrajudicial en materias civiles mejore sensiblemente el funcionamiento del sistema judicial civil. Es necesario que en aquellos casos en los que se regulen los MASC de forma obligatoria con fines de agilizar el sistema judicial se realicen mediciones periódicas que analicen el nivel de descongestión alcanzado. Además, se

debería realizar un análisis en profundidad en relación acerca de cuáles son aquellos casos o materias en los que hay un mayor y menor nivel de éxito con la finalidad de avanzar hacia un modelo en el que se racionalice el uso obligatorio de los MASC, orientado a aquellos casos con mayor probabilidad de éxito en instancias auto-compositivas. Otro de los aspectos que debiese ser analizado tiene que ver con la calidad de los acuerdos alcanzados así como con la satisfacción de los usuarios en relación a su necesidad jurídica inicial. Esta perspectiva va a permitir identificar si las partes han visto satisfecha su necesidad jurídica y por ello no deciden ingresar al sistema judicial o si, por el contrario, no están satisfechas con el acuerdo alcanzado pero aun así no acceden al sistema de justicia por considerar que existen barreras de acceso o desconfianza.

Una posibilidad que no siempre se ha tenido en cuenta es la posibilidad de regular de forma obligatoria solamente el hecho de que las personas acudan a una sesión informativa en la que reciban explicación acerca de cuáles serían las instancias de MASC a las que podrían optar así como las consecuencias de acudir a la vía judicial. Esta sesión informativa no implicaría los costos de acudir representado a la audiencia de mediación ni asumir los honorarios del mediador, excepto en el caso de que las partes sí deseen asistir finalmente a la audiencia de mediación o conciliación.

Por otro lado, en la mayoría de países no se aprecia un debate científico y técnico acerca de cuáles son las materias que deben ser objeto de obligatoriedad y cuáles no. En ese sentido, pareciese importante estudiar y profundizar cuáles son los resultados obtenidos en las distintas materias; esto para configurar la obligatoriedad solamente en materias en las que se espere un razonable grado de consecución del acuerdo. Una propuesta interesante es la que tiene ver con el grado de coexistencialidad de los conflictos que plantea Leandro Giannini en el estudio

⁴ *Aportes para un diálogo sobre el Acceso a la justicia y la reforma civil en América Latina*, CEJA, 2013, Santiago de Chile

de caso sobre la mediación obligatoria en Argentina⁵.

Con carácter general, los sistemas basados en la obligatoriedad de la mediación se basan en la imposición de sanciones en los casos de inasistencia a la audiencia como imposibilidad de reconvenir la demanda o apercibimientos. Esta lógica debería avanzar hacia sistemas basados en incentivos que contribuyan a generar una mayor aceptación del uso de dichas alternativas.

De forma general, consideramos que la obligatoriedad de los MASC con una finalidad de descongestión o de difusión de estas soluciones en la sociedad, se ha planteado de forma bastante contradictoria, asociando en muchos casos varios objetivos de política pública a su implementación. Por otro lado, no se han realizado evaluaciones acerca de la efectividad de esta política de descongestión. En ese sentido, en aquellos casos en los que se regulen los MASC como requisito de procedibilidad, parece adecuado avanzar hacia un modelo de racionalización de la obligatoriedad, que incluya un ejercicio de identificación de aquellas materias con mayor probabilidad de éxito así como que establezca mecanismos periódicos de evaluación del impacto como política de descongestión. De todas formas, es importante mencionar que la explicitación de los MASC como herramienta de descongestión daña mucho a la imagen de estas instancias y genera un importante descrédito entre los operadores del sistema de justicia y los abogados. No se debe perder de vista que el objetivo principal de los MASC es su idoneidad para resolver conflictos debido al protagonismo de las partes.

5 Giannini encuentra una definición a los conflictos coexistentes en las siguientes palabras de Engelman “conflictos dentro de relaciones continuas largamente frecuentadas o asociaciones de personas con trato continuo”. Según el autor en este tipo de conflictos, herramientas como la mediación aportan mayores ventajas ya que permite no solo mirar al pasado, sino también al presente e, incluso, al futuro.

4. El rol de los abogados

Cuando se analizan de forma comparada los diversos países en los que los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial han tenido cierta incidencia, uno de los aspectos que suele resultar más controvertido tiene que ver con el rol que se les asigna a los abogados en la resolución colaborativa de conflictos.

En relación a la participación de los abogados en audiencias extrajudiciales representando a sus clientes se ha dicho que podrían favorecer la frustración del acuerdo ya que al abogado “siempre le interesa ir a juicio”. Es decir, la opinión aquí caricaturizada tiende a asociar a los abogados con intereses para acceder a un proceso judicial que les permita cobrar honorarios en función de las diversas instancias procesales. Esta visión de los abogados, independiente de que esté extendida o no, lo cual no es objeto de este trabajo, está más presente en países en los que la resolución colaborativa de conflictos es bastante desconocida y los propios abogados no han sido advertidos del adecuado y remunerado rol que pueden desempeñar en la representación legal de clientes basada en la búsqueda de acuerdos. Por el contrario, en aquellos países con larga trayectoria en el campo de los MASC y con amplia presencia de una “cultura del acuerdo”, esta especialización puede suponer una gran fuente de ingresos para los mejores profesionales.

Más allá de estas consideraciones acerca de los incentivos económicos de los abogados, nos gustaría dedicar algunos párrafos a la pertinencia de que los abogados ejerzan representación legal en las audiencias de mediación o conciliación extrajudiciales.

Como entenderán, al tratarse de instancias de toma de decisiones ajenas al proceso judicial y perteneciente a la esfera de la autonomía de las partes, existen ciertos derechos o garantías que no se aplican, como por

ejemplo el derecho fundamental a un debido proceso. De hecho, al tratarse de materias de carácter civiles, la doctrina dominante entiende que en algunos procedimientos judiciales corresponde una flexibilización del derecho al debido proceso al no regir garantías básicas del derecho procesal penal como el derecho al recurso o el derecho a la asistencia letrada⁶.

En ese sentido, la asistencia letrada en las audiencias extrajudiciales de mediación o conciliación, en la mayoría de países de América Latina es completamente facultativa. Uno de los mayores desafíos que genera esa regulación tiene que ver con la gran cantidad de países en los que el acceso a un abogado en materias no penales se ve ampliamente restringido, sobre todo a la hora de solicitar representación extrajudicial. De esta forma, una regulación facultativa de la asistencia letrada genera graves riesgos a la igualdad entre las partes, así como a la calidad de los acuerdos obtenidos. Además, en estos casos se incentiva de alguna forma que el tercero facilitador del acuerdo asuma un rol más activo en la protección de la parte no representada lo que va en desmedro de su necesaria imparcialidad.

El mejor escenario, sin lugar a dudas, sería que existiese un staff de abogados destinados a la representación en este tipo de casos. Sin embargo, los recursos para las iniciativas de acceso a la justicia suelen ser bastante limitados, motivo por el cual una opción interesante podría ser establecer mecanismos en los que el mediador o conciliador pueda expulsar al abogado de una parte cuando la otra no esté representada.

Otra opción, mucho más drástica, sería prohibir en todos los casos la representación letrada. Sin perjuicio de que inicialmente

sería una opción legalmente aceptable ya que, como mencionamos con anterioridad, estas audiencias no se rigen por las garantías relacionadas con el debido proceso, pensamos que la eliminación completa de los abogados particulares de las audiencias extrajudiciales generaría un gran distanciamiento de éstos con la resolución colaborativa de conflictos. Una medida de estas características, contribuiría definitivamente a afianzar en la realidad esa percepción de que los abogados prefieren acudir a la vía judicial para obtener mayores ganancias.

Una regulación de la representación letrada bastante anómala ha sido la sucedida en Argentina, en donde la mediación, además de ser una instancia completamente obligatoria, también regula una segunda obligación, tal y como es la imposición de que las partes asistan a las audiencias con asistencia letrada. Salvo en algunas provincias como Chubut, Chaco y San Luis, la representación obligatoria es un fenómeno ampliamente extendido a nivel nacional.

En el caso argentino, se ha intentado incorporar a los abogados en estas instancias desde el punto de vista de la obligación, algo que no sucede en esa forma en ninguno de los países latinoamericanos objeto de este estudio. A nuestro juicio, la carga de esta obligación recae en la persona que busca acceder a la resolución de su conflicto, ya que además de sufrir una obligación de acudir a mediación también se le impone la obligación de contratar a un abogado de forma completamente taxativa.

En la situación en la que se encuentran los MASC en la región, es fundamental trabajar de forma coordinada con los abogados para que comprendan que la consolidación de los MASC es un fenómeno irreversible en el cual su participación, además de generarles un nuevo espacio de crecimiento laboral y económico, contribuye a la dignificación del servicio que prestan a sus clientes.

⁶ *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información*, Duce, Marín y Riego, CEJA, 2008.

5. Coordinación entre los MAPJ y el sistema de justicia: condenados a entenderse

Como se detalla en la publicación que da origen a este artículo, en América Latina los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial tienen un nivel de relacionamiento bastante fluido con los sistemas de justicia formal. En ese sentido, se ha constatado que la cercanía entre los MAPJ y el sistema de justicia puede generar efectos tanto positivos como negativos en su funcionamiento.

Una problemática detectada, es que la naturaleza de los MASC se basa en prácticas bastante desformalizadas las que, sin perjuicio de que presentan un ritualismo mínimo y necesario, no adolecen de la excesiva burocratización que caracteriza a los sistemas judiciales latinoamericanos. De esta forma, se ha constatado en algunos países que la cercanía institucional con el sistema de justicia formal puede generar que los MASC se comiencen a burocratizar y adquirir formalismo “por contagio”. Aspectos desformalizados como la libertad de medios para notificar, la posibilidad de no asistir con abogado, que no sea obligatorio presentar una demanda con requisitos legales, son elementos fundamentales para garantizar el funcionamiento de los MASC de forma coherente a sus principios, de ahí que la pérdida de estos rasgos, generaría problemas de credibilidad y efectividad.

En la otra cara de la moneda, algunas experiencias han basado su éxito en la cercanía institucional entre los MASC y el sistema de justicia formal, lo que coadyuva a que exista una mejor conexión y a que aspectos prioritarios como la derivación de casos se vean reforzados. Otro de los aspectos favorables tiene que ver con el efecto disuasorio que genera el hecho de que los MASC estén adscritos al sistema judicial. Una de las debilidades de muchas experiencias de MASC tiene que ver con la baja asistencia

de las partes a las audiencias y del bajo nivel de cumplimiento de los acuerdos. El hecho de que los MASC se sitúen en la órbita del sistema judicial genera un efecto de “sombra de la ley”⁷ gracias al cual existe una mayor predisposición al cumplimiento de los acuerdos.

El estudio de diagnóstico de los MAPJ deja claro que la coordinación con el sistema de justicia es una realidad incontestable. A pesar de ello, deben advertirse y analizarse en profundidad tanto posibles consecuencias negativas (contagio de formalismos) como positivas (efecto disuasorio que mejora el nivel de asistencias y el cumplimiento de los acuerdos).

6. El valor jurídico de los acuerdos

Otro debate que ha generado posturas bastante diversas es el que tiene que ver con el valor jurídico que se le confiere a los acuerdos alcanzados en sede extrajudicial. De esta forma, a nivel regional se han generado dos modelos bastante diferenciados. En primer lugar, existe un grupo de países como Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú en que el acuerdo entre las partes se equipara a una sentencia judicial y, por lo tanto, tiene de forma automática valor de cosa juzgada. Por otro lado, existe un segundo grupo de países, entre los que se encuentra la mediación familiar en Chile, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, República Dominicana, en los cuales es necesario que la autoridad judicial realice un acto de homologación judicial para que el acuerdo obtenga valor jurídico y sea ejecutable en caso de incumplimiento de los términos del acuerdo.

⁷ “A systemic perspective of ADR in Latin America: Enhancing the Shadow of the Law through Citizen Participation”, Mariana D. Hernández Crespo, *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, Vol. 10, 2008.

Una de las principales dificultades a la hora de homologar judicialmente los acuerdos, es que el sistema de justicia civil en la región se caracteriza por su excesiva lentitud y su funcionamiento burocratizado. Esto supone que aquellos casos que se han gestionado rápidamente a través de un MASC obteniendo un acuerdo en un tiempo razonable tienen que pasar por un sistema judicial colapsado, produciéndose en ese caso un “atasco a la salida” del acuerdo. Además, a través de entrevistas, se nos ha transmitido que el procedimiento de homologación judicial de los acuerdos se suele realizar por los jueces de forma más o menos automática, en el cual se verifica que los acuerdos no contravienen disposiciones del ordenamiento jurídico o no afectan a bienes jurídicos indisponibles.

Otra de las consecuencias negativas del procedimiento de homologación tiene que ver con el bajo nivel de legitimidad que le confiere a las soluciones autocompositivas, favoreciendo la visión de que la justicia ordinaria tiene el verdadero poder, en detrimento de aquellas instancias en las que el ciudadano es el protagonista de la toma de decisiones.

El principal objetivo asociado a la homologación judicial de los acuerdos es que se pueda evitar que proliferen acuerdos ilegales por los particulares. A nuestro juicio, esta afirmación no se hace cargo del amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la mayoría de ordenamientos jurídicos de América Latina, lo que provoca la existencia de un bajo número de casos que no son susceptibles de acuerdos entre las partes. Estas consideraciones deberían tenerse en cuenta a la hora de configurar otros mecanismos diferentes para asegurar la legalidad de los acuerdos.

La homologación judicial es un trámite excesivamente burocrático y que envía un

mensaje muy negativo a la ciudadanía de que la resolución colaborativa de conflictos entre particulares está supeditada a la decisión final de los jueces. Como se mencionó con anterioridad, sería importante favorecer otros mecanismos distintos a la homologación como la capacitación a los mediadores y conciliadores acerca de los acuerdos que son susceptibles de acuerdo. Otra opción podría ser que los mediadores y conciliadores tengan acceso directo al juez para poder conversar con él de forma informal y espontánea acerca de los aspectos jurídicos que surjan en la formulación del acuerdo entre las partes.

En conclusión, debe avanzarse hacia la profundización en otros mecanismos, como la capacitación para asegurar que los acuerdos entre los particulares sean ajustados a derecho. La homologación judicial es un acto excesivamente burocrático y producto de una visión de predominancia de los jueces profesionales en detrimento de la resolución autónoma de los conflictos por los particulares.

7. Seguimiento y cumplimiento de los acuerdos

Otro aspecto conflictivo relacionado con los acuerdos tiene que ver con cómo el acuerdo se proyecta en el tiempo, cuál es su grado de cumplimiento así como si existen o no mecanismos para hacer seguimiento a dicho cumplimiento.

La calidad de los acuerdos entre particulares no ha sido objeto de este estudio pero ha sido un tema identificado desde la perspectiva de la necesidad de mejorar los acuerdos que se alcanzan con la finalidad de que éstos tengan un mayor nivel de cumplimiento y éxito. Para ello, las técnicas de resolución colaborativa de conflictos deben estar basadas en la posibilidad de generar valor agregado en el acuerdo y que el mismo no esté basado exclusivamente en la renuncia de las partes a alguna de sus pretensiones. Es fundamental

focalizar la capacitación de los mediadores y conciliadores en mejorar sus capacidades para generar valor a través de los acuerdos para que exista un nuevo escenario de consenso en el que ambas partes encuentren un beneficio común.

Por otro lado, es necesario que existan mecanismos que permitan identificar el grado de cumplimiento de los acuerdos, los motivos del incumplimiento así como la valoración del servicio recibido por parte de los usuarios. Los MAPJ deben analizar estos aspectos ya que suponen una fuente importante de posibles reingresos de casos en el sistema.

De esta forma, una solución adecuada podría pasar por generar instancias de seguimiento -de forma presencial o telefónica- a través de las cuales se pueda obtener una valoración del usuario acerca del servicio disfrutado. Además, a esta instancia de seguimiento le correspondería realizar un seguimiento al grado de cumplimiento de las condiciones del acuerdo, pudiendo programar nuevas audiencias si se hubiese producido algún cambio en las circunstancias de las partes. Finalmente, le correspondería a esta instancia ofrecer orientación a las partes en caso de que una de ellas haya optado por el incumplimiento de las condiciones del acuerdo.

La creación de instancias de evaluación y seguimiento de los acuerdos permite obtener información de valoración del servicio por los usuarios, así como detectar problemas en el cumplimiento de los mismos y ofrecer soluciones en caso de que no lo haya. El estudio de las características del cumplimiento de los acuerdos, permitirá obtener información sobre cómo se podrá mejorar la prestación del servicio para evitar los incumplimientos y los reingresos.

8. Focalización en grupos vulnerables. Más allá de las reglas de Brasilia...

Desde el año 2008 en el que se dictaron las Reglas de Brasilia en el ámbito de la Cumbre Judicial Iberoamericana, aumentó notablemente el número de artículos, documentos de trabajo e investigaciones orientadas a abordar la temática de los grupos vulnerables desde la perspectiva del acceso a la justicia. Además, esta también ha sido una temática que ha orientado las políticas institucionales del sector justicia a nivel regional, dictándose protocolos de actuación, manuales y actividades de capacitación que tienen por objetivo la mejora del acceso a la justicia por personas pertenecientes a estos grupos.

De esta forma, las Reglas de Brasilia se configuran como uno de los documentos provenientes de organismos y reuniones internacionales que más impacto ha tenido en el ámbito de las políticas judiciales de las últimas décadas. Sin perjuicio de esta valoración altamente positiva, desde CEJA consideramos que todavía es necesario debatir sobre la profundización de las Reglas de Brasilia así como la mejora de su consistencia interna. A nuestro juicio, existen dos aspectos fundamentales en los que es necesario avanzar en el perfeccionamiento de las Reglas de Brasilia.

Un primer aspecto tiene que ver con la estructuración de las reglas. En el capítulo I se describen los grupos vulnerables que serán beneficiarios de las reglas. En el capítulo II bajo el título de “Efectivo Acceso a la Justicia para la defensa de los derechos” se establecen recomendaciones específicas para situaciones como: 1) Cultura Jurídica, 2) Asistencia Legal y Defensa Pública, 3) Derecho a Intérprete, 4) Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, 5) Medios Alternativos de Solución de Conflictos y 6)

Sistemas de Resolución de Conflictos dentro de las comunidades indígenas. Un tercer apartado se destina a la “Celebración de Actos Judiciales”, destacando temas como: 1) Información procesal o jurisdiccional, 2) Comprensión de actuaciones judiciales, 3) Comparecencia en dependencias judiciales y 4) Protección de la intimidad. Finalmente, un último capítulo es destinado a la eficacia de las reglas.

Como se puede comprobar al analizar la estructura general de las Reglas de Brasilia, el apartado se constituye como un elenco de fórmulas bastante amplias para favorecer el acceso a la justicia como la cultura jurídica, la Defensa Pública, el Derecho a Intérprete, los MASC y los sistemas indígenas de resolución de conflictos. De esta forma, se recomienda hacer énfasis en que el conjunto de las reglas debe ser aplicable a cualquier forma de gestión y resolución de conflictos a través de la cual se gestione el conflicto, independientemente de su ubicación institucional o su carácter oficial o privado. Este aspecto no queda suficientemente claro con la regulación actual.

Un segundo aspecto tiene que ver con la necesidad de que las Reglas de Brasilia, puedan profundizar en cada uno de los grupos vulnerables descritos, focalizando en cada uno de ellos las recomendaciones necesarias. Por ejemplo, el apartado III, destinado a la celebración de actos judiciales, hay algunos aspectos que solamente hacen relación a determinados grupos vulnerables. Por ejemplo, en relación a la información procesal o jurisdiccional solamente se menciona a las víctimas como único grupo vulnerable con tratamiento específico. Por otro lado, en el apartado sobre comparecencia en dependencias judiciales, solamente se profundiza en los casos de las víctimas, niños, niñas y adolescentes y comunidades indígenas.

Se hace necesario avanzar hacia una

reglamentación que en relación a cada uno de los grupos vulnerables establezca recomendaciones específicas a lo largo del proceso de conocimiento de su necesidad jurídica independientemente de cual haya sido la posibilidad por la que haya optado.

De forma general, se valoran muy positivamente las Reglas de Brasilia, como uno de los documentos de trabajo que más impacto han tenido en el campo de las políticas públicas del sector justicia en las últimas décadas. A pesar de ello, consideramos necesaria una reformulación y reestructuración de las reglas para que, de forma comprensiva, regulen con igualdad de condiciones cada una de las distintas posibilidades de solución de conflictos y que realicen un esfuerzo pormenorizado de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de favorecer el acceso de cada uno de los grupos vulnerables que describe.

9. Información, evaluación y seguimiento

Un aspecto fundamental a la hora de planificar la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial desde una perspectiva de política pública tiene que ver con la generación de información estadística fiable y la creación de instancias de evaluación y seguimiento que permitan generar y procesar dicha información para favorecer la toma de decisiones relacionadas con la continuidad o modificaciones en el alcance de los programas.

Uno de los elementos característicos de la implementación de los MAPJ en América Latina, es que no siempre existe claridad sobre cuáles son los objetivos de política pública que persiguen. Además, en muchos casos se les asocian varios objetivos de distinta naturaleza, lo que complejiza bastante la posibilidad de medir su éxito. Para evitar esta indefinición de los objetivos de estas políticas es importante que se

establezcan objetivos medibles y que puedan ser supervisados a través de instancias permanentes que tengan a su cargo el procesamiento y análisis de la información estadística.

Es imprescindible que los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial configuren como un aspecto esencial la producción de información estadística confiable. Además, deberán generarse instancias de evaluación y seguimiento que procesen y analicen dicha información y que puedan concluir el grado de cumplimiento de los objetivos esgrimidos al momento de su implementación.

10. Necesidad de favorecer una tutela efectiva de los derechos para garantizar una negociación adecuada de los intereses

La implementación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina surge a partir de los años noventa. En esa época, se produjo la reforma procesal penal, uno de los procesos de reforma judicial que ha tenido mayor impacto en el conjunto de países de la región. En ese momento, los esfuerzos concertados de las agencias de cooperación internacional y los bancos multilaterales de desarrollo se enfocaron en apoyar los procesos de reforma a la justicia penal debido a la necesidad histórica de consolidar el Estado de Derecho y resguardar los derechos y garantías de los usuarios del sistema.

Al momento de emprenderse la reforma procesal penal, el sistema de justicia civil también adolecía de graves cuestionamientos debido a sus altos niveles de ineficiencia y lentitud. Es en ese contexto es que surgen los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos como una respuesta para descongestionar los juzgados civiles tal y como lo reflejan las leyes de Argentina y Colombia de los años noventa.

A pesar de que inicialmente los MASC se implementaron a través de esta visión utilitarista y de descongestión de la justicia, con el paso del tiempo se configuraron como una respuesta mucho más adecuada para una gran cantidad de conflictos con una participación activa de las personas involucradas en el conflicto.

A día de hoy, todavía está bastante extendida la opinión que identifica a los MASC como instancias dependientes o de menor importancia que la justicia oficial. Aspectos como la necesidad de homologación judicial de los acuerdos, la obligación de acudir a mediación como forma de descongestionar la justicia y la imposición de asistencia letrada, contribuyen a fortalecer la imagen de los MASC como una “justicia de segunda clase”.

Un grave cuestionamiento al funcionamiento de los MASC se produce debido a que en la mayoría de países de la región, se concentran muchos esfuerzos en facilitar el acceso a la justicia y los MASC, mientras que las barreras de acceso a la justicia ordinaria civil siguen siendo muy elevadas. La excesiva duración de los procesos, los costos de acceso y representación y la baja confianza en el sistema genera que, en muchos casos, los MASC aparecen como la única opción disponible para aquellos usuarios que no pueden acceder al sistema judicial ni asumir los costos de un arbitraje. De esta forma, se ha pervertido la idea de que los MASC sean una alternativa diferente a la justicia formal, ya que en muchos casos son la única posibilidad algunos grupos sociales.

Por otro lado, a la hora de configurar espacios abiertos a la libre voluntad de las partes y a la negociación de intereses entre particulares, es fundamental que estos espacios se articulen en base a la existencia de un sistema de reconocimiento de derechos eficaz y expedito. Para que los acuerdos entre particulares funcionen de forma correcta, debe existir la posibilidad de que, en

cualquier momento, una de las partes pueda interrumpir la negociación y acudir a la vía judicial. El funcionamiento de los MASC sin este efecto disuasorio del sistema judicial, puede generar efectos negativos y desigualdad entre las partes. Por lo tanto, en aquellos casos en los que los MASC no funcionen de forma correcta quizás sea necesario replantear las opciones del proceso judicial como una “alternativa a las alternativas”.⁸

Consideramos que la adecuada viabilidad de los MASC como una forma idónea de resolver conflictos entre particulares no puede ser vista como algo estanco al funcionamiento de la justicia ordinaria. Los MASC y la justicia ordinaria forman parte de la oferta de justicia disponible y, por lo tanto, el hecho de que exista mayor o menor eficacia en alguna de las opciones de resolución de conflictos, va a impactar considerablemente en las decisiones que tomen los particulares. En ese sentido, el hecho de que el sistema de justicia funcione de forma eficiente, confiable y accesible no debe ser visto como una competencia a los sistemas alternativos de solución de conflictos. Por el contrario, el sistema judicial debería tender a encargarse de aquellos conflictos con mayor complejidad y carga probatoria así como aquellos casos en los que no exista ninguna posibilidad de autocomposición. Por su parte, en este contexto, a los MASC les corresponderá la resolución de un número indeterminado de casos en los que, independientemente de la complejidad de los mismos, exista posibilidad de establecer algún tipo de acuerdo entre las partes.

En definitiva, los MASC y la justicia ordinaria deben avanzar hacia una integración total en la cual los procedimientos judiciales utilicen las fórmulas auto compositivas dentro del proceso; y los MASC puedan recibir casos que provengan del sistema de justicia. El funcionamiento eficiente, confiable y accesible del sistema judicial generará un efecto positivo hacia los MASC ya que éstos solamente deberían conocer aquellos casos en los que exista alguna voluntad de negociación o acuerdo. Por su parte, el sistema judicial se hará cargo de aquellos casos con mayor confrontación y/o complejidad. El sistema actual basado en generar instancias ágiles de casos a través de MASC mientras se mantienen procesos infinitos en la justicia ordinaria no es viable en las sociedades actuales y las políticas de descongestión a través de MASC se han visto muy debilitadas, sobre todo por la poca capacidad de medir y evaluar su propio éxito.

8 “Una alternativa a las alternativas. Patrones para la solución de conflictos” en *Consideraciones sobre la prueba judicial* Taruffo, M., Ibáñez, P.A., Candau, A., Fontamara, México, 2011.