

Jean A. MIRIMANOFF y Francine COURVOISIER

PREGUNTAS FRECUENTES MEDIACIÓN

Avec le soutien de la



Ginebra 2014

Slatkine

Traducción española de João Esteves-Ferreira

© Reproducción autorizada, con indicación de la fuente bibliográfica

Mensaje del Presidente del Consejo de Estado de la República y cantón de Ginebra

Como elemento integrante de la vida, el conflicto - en su manifestación - puede ser causa tanto de desastres como de progreso. Todo depende de la visión que se tenga del conflicto y del uso que se haga, es decir, de la manera en que se gestione.

La mediación representa el desafío positivo para cada parte implicada en un conflicto de contar con los recursos y las competencias suficientes - con la ayuda de un tercero, *la mediadora o el mediador jurado o certificado* - que le permitan encontrar por sí misma una solución al conflicto que sea ventajosa para sus intereses, cada vez que la situación lo permita. Por supuesto, la mediación no podría reemplazar, en todos los casos, el procedimiento estatal, cuyo buen desarrollo puede también completar y facilitar.

Para que la mediación concluya con éxito, todos los participantes del proceso deben desempeñar un papel y salir triunfantes: el tercero facilitando la reanudación del *diálogo* y la búsqueda de los *intereses*; los abogados asistiendo a sus clientes en la búsqueda de *soluciones constructivas y duraderas*; y, sobre todo, las partes pasando del rol de adversarios al de *socios en el proceso*.

La mediación ha de ser accesible a toda nuestra población, personas físicas y empresas, suizas y extranjeras, dado que es un complemento indispensable de los medios jurisdiccionales y arbitrales de resolución de los conflictos. Para facilitarlo, es necesario que el público en general conozca mejor la mediación. En virtud de nuestra Constitución Ginebrina y de nuestra legislación cantonal y federal, el Estado fomenta las formas de resoluciones extrajudiciales. Por ello, la República y cantón de Ginebra tiene la responsabilidad de promover la mediación y apoyar el presente folleto.

Estas «PREGUNTAS FRECUENTES - MEDIACIÓN» tienen como objetivo principal informar al público sobre esta forma de resolución de los conflictos. Responden a las primeras preguntas que cualquier persona se plantea en cuanto a su aplicación eventual en un conflicto determinado. En nuestro cantón, esta guía está disponible hoy en cinco idiomas: francés, inglés, alemán, español y ruso, en forma impresa o en el sitio Web de la República y cantón de Ginebra.

François LONGCHAMP
Presidente del Consejo de Estado

PREGUNTAS FRECUENTES MEDIACIÓN

1. ¿Qué es la mediación?
2. ¿Qué ventajas y beneficios ofrece la mediación?
3. ¿Cuándo es adecuada la mediación?
4. ¿Cuándo no es adecuada la mediación?
5. ¿Qué garantías ofrece la mediación a las partes?
6. ¿Qué papel desempeña el mediador?
7. ¿Qué papel desempeña el abogado? ¿Cuál es su interés?
8. ¿Cómo es el proceso de mediación? ¿Cuáles son las etapas?
¿Qué duración tiene?
9. ¿Cuáles son los costes de la mediación?
¿Cuáles son las ventajas económicas de la mediación?
¿La asistencia jurídica (AJ) asume el coste de la mediación?
10. ¿Cómo iniciar la mediación? ¿Cuándo? ¿Por quién?
¿Con quién?

Anexos:

I. Modelo de cláusula de mediación

II. Para información más detallada

1. ¿Qué es una mediación?

Primero es un estado de ánimo; una forma de ser y de comportarse de modo diferente frente al conflicto. Los conflictos son inevitables en las relaciones humanas porque forman parte de la vida. Es totalmente normal discutir cómo ponerse de acuerdo. Los conflictos no son en sí mismos peligrosos¹: todo depende del uso que se hace. El conflicto no es una fatalidad, sino que puede convertirse en una fuente de transformación, de ganancia, de experiencia y de descubrimiento de sí mismo y del otro. Si, instintivamente, respondemos a un conflicto con la fuerza, la fuga o la sumisión, la mediación nos enseña que debemos afrontarla *privilegiando el diálogo*.

El espíritu de la mediación cree en la capacidad de las personas para encontrar en ellas mismas la fuerza y los recursos necesarios para salir de una situación de conflicto. Sin embargo, frente a algunos conflictos, las personas implicadas no son capaces de gestionarlos. La mediación parte del principio de que la presencia de un tercero, independiente y sin poder sobre el objeto del *conflicto*, podrá ayudarlas a reanudar el diálogo y, llegado el caso, permitirles encontrar una solución a los problemas que las enfrentan.

La mediación requiere la colaboración activa de las personas implicadas en la mediación (los *mediados*) y facilita su capacidad de autodeterminación. Constituye, por lo tanto, un factor de responsabilización, invitando a los participantes a encontrar por sí mismos soluciones aceptables para cada uno. Por ello, las partes mismas son las que asumen su propia responsabilidad en las soluciones adoptadas. Respetar su elección dentro de los límites del derecho imperativo y del orden público constituye un elemento esencial de la mediación.

Más técnicamente, la mediación es un *proceso voluntario y estructurado por el cual un tercero -imparcial (multiparcial), independiente y neutral- facilita la comunicación entre las partes en conflicto, permitiéndoles asumir, dentro del principio de confidencialidad, la responsabilidad de buscar por ellas mismas y libremente sus propias soluciones fundadas en sus intereses*.

De esta manera, la mediación tiene como objetivo principal restablecer o mejorar el diálogo entre *las partes* en conflicto, alentadas a convertirse en *socios* en el proceso. Este objetivo confiere a la mediación un *lugar diferenciado* entre las formas de resolución de los conflictos, porque actúa en otro plano, en otro contexto y con otros objetivos que los procesos judiciales o arbitrales. En estos últimos dos casos, el derecho, junto con los hechos, desempeña un papel clave: tanto en su *desarrollo* (derecho procesal) como en la *resolución* (derecho de fondo), mientras que la mediación se interesa principalmente en las personas².

¹ En tales circunstancias, corresponde distinguir el conflicto de su *manifestación* (la violencia, la guerra, etc. o, positivamente, una ganancia como resultado de una negociación o de una mediación).

² Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011

En caso de problema o conflicto, la mediación puede desarrollarse fuera de cualquier contexto judicial o arbitral: se trata de la *mediación extrajudicial*. O, contrariamente, puede recurrirse a la mediación incluso durante un procedimiento que ya se ha iniciado: se trata de la *mediación judicial*. Pero en ambos casos, en Suiza, la organización y el desarrollo de la mediación sigue siendo competencia de las partes. Por lo menos, en materia civil.

La mediación pertenece a la *Justicia informal o participativa*, es decir a aquella que les permite a las personas, a las empresas y a las comunidades trabajar *por sí mismas* para la obtención de una solución a sus problemas. Por el contrario, los procedimientos estatal (los tribunales) y privado (el arbitraje) corresponden a la *Justicia impuesta*, es decir a aquella en la cual el tercero -juez o árbitro- toma *por sí mismo* una decisión, que será obligatoria para las partes. Así, actualmente, *por ley*, la Justicia es plural. Finalmente, en algunos casos, la ley prevé el recurso al procedimiento estatal. Por ejemplo, en materia de divorcio. Pero esto no impide que los cónyuges/padres busquen paralelamente en una mediación una resolución duradera entre ellos, porque está dirigida al futuro, pero deberán entonces someter esta resolución a la aprobación (la ratificación) del juez.

Cuando se pasa del procedimiento al proceso, puede observarse que los acuerdos de mediación que respetan los límites del derecho imperativo y del orden público traducen el paso del derecho impuesto al derecho negociado.

Pero ¿como ciudadano o empresario, podemos elegir entre todos estos métodos? ¿Y quién puede ayudarnos?

Frente a una enfermedad, un paciente tiene el derecho de conocer los medios para curar esta enfermedad o mitigar sus efectos. El médico tiene el deber de informarlo de las ventajas e inconvenientes de los diferentes medios a su disposición y de aconsejarlo; la elección final le corresponde al paciente, que debe poder manifestarse en forma voluntaria e informada.

Al igual que en un conflicto, cada persona -física o jurídica- tiene el derecho de conocer los medios para resolverlo. El abogado tiene el deber de informarlo de las ventajas e inconvenientes de los diferentes medios a su disposición y de aconsejarlo; la elección final les corresponde a las partes en conflicto, que deben poder manifestarse en forma libre e informada.

Ni unos ni otros son puestos bajo la tutela de un especialista. En ambas situaciones y en muchos otros casos, en nuestra sociedad democrática, tienen la libertad y la responsabilidad de la elección. No hay ninguna razón para privarlos de ello.

Veremos en la pregunta 6 el papel del mediador y qué cosas se abstiene de hacer, y en la pregunta 10 quien puede recomendarlo.

Entre las numerosas definiciones de la mediación, hemos elegido la siguiente:

Proceso de creación y de reparación del vínculo social y de resolución de los conflictos..., en el cual un tercero, imparcial, (neutral³) e independiente, trata, mediante la organización de intercambios⁴ entre las personas o las instituciones, de ayudarlas a mejorar una relación o a resolver un conflicto que las enfrenta⁵.

³ Hemos añadido el *principio de neutralidad*, tan importante como poco entendido, que contribuye a distinguir la mediación de la conciliación: es el *deber de abstenerse* de expresar una opinión, un dictamen, un consejo, lo cual, llegado el caso, no impide de ningún modo que el mediador tenga su propia opinión.

⁴ La organización de intercambios con el objeto de identificar los intereses de las partes.

⁵ Véase Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Renforcer la Médiation familiale », in: Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *Médiation et Jeunesse, Mineurs et Médiations Familiales, Scolaires et Pénales en pays francophones*, 1^{ère} partie, chap. 7, note 10.

2. ¿Qué ventajas y beneficios ofrece la mediación?

La mediación presenta numerosas ventajas en comparación con las formas tradicionales de resolución de los conflictos (el procedimiento judicial y el arbitraje): en principio, es *más rápida, más económica y más constructiva*. A menudo, concebida para el futuro, *sus soluciones son más duraderas* que una sentencia judicial o resolución arbitral, que sólo resuelven una situación pasada.

Como proceso rápido, la mediación puede iniciarse en unos días. Frecuentemente, bastan una o dos sesiones para generar una solución (o para llegar a la conclusión de que la mediación no es adecuada o es prematura). Gracias a su rapidez y eficacia, el coste de una mediación representa solo una fracción del coste de un procedimiento judicial o arbitral.

La mediación permite a las partes (los mediados) resolver su conflicto en su totalidad, con todos sus aspectos, incluidas las emociones, preocupaciones, necesidades, valores e intereses (la parte sumergida del iceberg), que habitualmente no son tenidos en cuenta en el procedimiento civil y la vía arbitral. En efecto, los procedimientos tradicionales son sometidos al examen de los hechos preseleccionados y ofrecidos como prueba, sin poder apartarse de las pretensiones de las partes (la parte saliente del iceberg). Tanto en su desarrollo (el proceso) como en la construcción de su solución (el contenido de su acuerdo), la mediación se presenta como un método a medida y a la medida de las necesidades de las partes.

Mediante un *resultado ganador-ganador*, la mediación podrá ayudar a las partes a restablecer o reconstruir los vínculos sociales, o a darlos por concluidos de un modo más adecuado que mediante el pleito judicial y arbitral, con un ganador y un perdedor y los riesgos generados por cualquier tipo de recursos. Justicia participativa, la mediación propone una solución que resiste mejor la prueba del tiempo que una sentencia o veredicto producto de la Justicia impuesta.

La mediación tiene como objetivo lograr que las partes reanuden el diálogo. Para las personas o empresas que deben luego cooperar entre sí o continuar relacionándose, la reanudación de intercambios en un clima de paz permitirá evitar muchos problemas en el futuro y preservar no solo a los *mediados* (los protagonistas de la mediación), sino también a los terceros. Hay que pensar en los padres que, luego de un divorcio, deben colaborar en la educación de sus hijos y que llegarán a encontrar soluciones, sin que sus hijos sean un tema de conflicto, lo que lamentablemente sucede con demasiada frecuencia cuando se rompe el diálogo entre los padres.

Las partes disfrutan de más libertad para lograr una solución a su conveniencia, sin estar limitadas a las conclusiones formuladas en el procedimiento, porque la mediación los anima a explorar sus intereses que difieren de sus posiciones iniciales. Permite a los *mediados* elaborar su propia definición de la Justicia, en particular tomando en consideración elementos que no serían relevantes en procedimientos judiciales o arbitrales.

Privilegia el sentido de la equidad y la búsqueda de soluciones aceptables -pues duraderas- para todas las partes implicadas.

Además, la mediación ofrece la oportunidad de experimentar las diferentes opciones, de verificar su viabilidad y legitimidad, antes de aprobarlas definitivamente, en particular mediante acuerdos provisionales de prueba.

Los participantes en la mediación son sujetos activos. Por consiguiente, asumen la responsabilidad de los acuerdos firmados y los respetan más dispuestos. Cuando, como en materia de divorcio, el derecho impone la *ratificación* de los acuerdos de mediación por el juez, observamos que los convenios de mediación conllevan muchas menos modificaciones subsecuentes de sentencias.

Además, mediante su aprendizaje o el reaprendizaje de la negociación durante el proceso de mediación, las partes estarán en mejores condiciones para gestionar sus divergencias futuras y, en consecuencia, para adaptarse a los cambios inevitables que deberán afrontar, sin que deban recurrir a la vía judicial.

Por último, los estudios demuestran que la mediación tiene un alto índice de acuerdos satisfactorios para las partes, en especial desde el punto de vista psicológico, que se explica por el hecho de que los acuerdos son generados por las partes mismas. Su tasa de éxito es alta (60 a 80 % en los países que la utilizan), especialmente en materia mercantil.

De esta manera, la mediación tiene un triple efecto pacificador: prevenir el conflicto, resolverlo y evitar nuevos enfrentamientos⁶.

⁶ Véase Thierry GARBY, *La gestion des conflits*, Economica, Paris, 2004

3. ¿Cuándo es adecuada la mediación?

La mediación parece adecuada en las siguientes situaciones:

- Las personas en conflicto aceptan someterse a un proceso de mediación.
- Las partes mantienen relaciones estables de hecho (por ejemplo, situaciones familiares, relaciones laborales, relaciones vecinales) o de derecho (por ejemplo, conflictos familiares, de arrendamiento, de copropiedad, de construcción, contratos de asociaciones, de propiedad intelectual y otros contratos mercantiles).
- El proceso judicial solo resolvería una parte del conflicto.
- El conflicto tiene un importante componente emocional.
- Considerando los intereses económicos convergentes o complementarios, sería más ventajoso que las partes cooperen más o delimiten sus respectivas actividades.
- El conflicto esconde otro conflicto.
- Los intereses de las partes están mejor preservados mediante un arreglo rápido que mediante un procedimiento judicial o arbitral largo; el coste y la duración del proceso resultan desproporcionados en relación con lo que está en juego.
- Los problemas son extremadamente complejos. Se refieren a varias demandas o a varias personas o entidades (corresponsabilidad, seguros, otra sociedad de un grupo, socio, trabajador despedido, etc.).
- El conflicto afecta a varios países.
- Existen diferencias culturales o de idioma.
- Las partes desean evitar la publicidad de un procedimiento judicial.

Si bien, en el plano jurídico, la mediación puede aplicarse a todos los ámbitos del derecho civil y mercantil, puede ser utilizada también al margen de cualquier proceso judicial (mediación extrajudicial) o en caso de proceso judicial (en todas las etapas del procedimiento, que queda suspendido). Es particularmente adecuada en los siguientes ámbitos:

- A. En materia familiar: en caso de separaciones, divorcios, sucesiones (prevención y resolución de los conflictos), conflictos intergeneracionales, conflictos entre hermanos, protección de menores;
- B. En materia mercantil: en relaciones inter o intraempresariales;
- C. En materia inmobiliaria: en caso de construcciones o actividades inmobiliarias, de arrendamientos mercantiles, de copropiedad, de propiedad horizontal o de cooperativas de vivienda;
- D. En las relaciones laborales: en caso de conflictos entre colegas, con su superior o con su subordinado;
- E. En materia de propiedad intelectual, de contratos de franquicia, de agencia, de representación;

F. O incluso: en caso de conflictos vecinales (por ejemplo, entre arrendatarios o propietarios de villas), en eventos deportivos, en medios escolares, etc.

En el ámbito del derecho penal, se puede acudir a la mediación bajo ciertas condiciones, así como en el ámbito del derecho administrativo.

4. ¿Cuándo no es adecuada la mediación?

Puede no ser adecuado recurrir a la mediación en un cierto número de casos, en los que pueden existir buenas razones para rechazarla (A), mientras que, en otros casos, se trata de pretextos tendientes a eludir el proceso (B).

A. Existen buenas razones para no recurrir a la mediación en las siguientes situaciones:

- Necesidad de crear un precedente jurisprudencial;
- Posibilidad de lograr una decisión judicial o una resolución arbitral muy rápidamente o sin costes excesivos;
- Bajo coste de la conciliación judicial, cuando el valor en litigio es mínimo;
- Necesidad de la parte más débil de obtener la protección de la ley (arrendatario de una vivienda, trabajador, consumidor);
- Grave desequilibrio en las relaciones de fuerzas;
- Abuso de los procedimientos por alguna de las partes (mala fe probada);
- En caso de negación de violencia probada o de violencia recurrente;
- Incapacidad de discernimiento de alguna de las partes.

B. Existen también malas razones, frecuentemente invocadas:

- *La mediación sería interpretada como un signo de debilidad, porque deja de lado una posición.* Ahora bien, la mediación permite no centrarse más en el objeto del litigio (las posiciones), sino visualizar todas las circunstancias (personales, psicológicas, sociales, etc.) y el futuro, lo que permite buscar y privilegiar los intereses comunes. No puede invocarse este argumento cuando la mediación es recomendada por un tercero u ordenada por una autoridad.
- *Sería demasiado pronto (o demasiado tarde) para intentar una mediación;* la mediación puede ser eficaz tanto cuando el conflicto no está demasiado trabado como cuando las partes están agotadas por su pleito.
- *La otra parte sería de mala fe porque no concuerda conmigo;* precisamente, la mediación permite a las partes comprobar que sus divergencias son comprensibles y que las diferencias de posición no significan que la otra parte esté actuando de mala fe.
- *Las partes ya han negociado entre sí sin éxito, y el hecho de recurrir a un mediador no cambiaría nada;* es lo que sucede con mayor frecuencia debido a que las partes han debatido sobre posiciones en las que fracasa la negociación; precisamente en este punto es cuando conviene acudir a la mediación, una negociación asistida por un tercero y centrada en la búsqueda de los intereses.
- *Esto no serviría de nada ya que las partes ya no se hablan o se odian;* este argumento, frecuentemente esgrimido, deriva del desconocimiento de la mediación.

Sin embargo, este método, que promueve la expresión de las emociones, permitirá luego que los mediados se hablen nuevamente con el fin de buscar intereses comunes.

5. ¿Qué garantías ofrece la mediación a las partes?

Las garantías para las partes implicadas (los mediados) en la mediación son de tres tipos: se refieren a la persona del mediador jurado o certificado (A), al desarrollo del proceso (B) y a las reglas deontológicas (C).

A. El *mediador jurado oficialmente por la Autoridad (o certificado por una asociación global)* ofrece todas las garantías de *calificación y de ética profesional*. Lo elegiremos pues de los *registros de las instancias oficiales* (véase la pregunta 10 C más adelante) que examinan si el mediador cumple las condiciones previstas por la ley o de los registros de las asociaciones globales (FSM-SDM; CSMC-SKWM; FSA/SAV) que otorgan una acreditación a sus miembros.

B. El *buen desarrollo del proceso* se rige por algunos principios fundamentales y cuasi universales:

- *Carácter personalísimo*: la persona humana está en el centro de la mediación, que tiene como *objeto* restablecer el diálogo y como *efecto* reducir o aliviar el sufrimiento y las pérdidas causadas por el conflicto;
- *Multiparcialidad y empatía del mediador*: este último se compromete a ayudar a las partes en forma equitativa, sin distinción alguna desfavorable entre ellas; asume el buen desarrollo del proceso;
- *Libertad y autonomía*: las partes son libres de aceptar o de negarse a someterse a un proceso de mediación, y pueden abandonarlo en cualquier momento; el mediador es libre para iniciar, continuar, suspender el proceso o darlo por concluido en caso de necesidad;
- *Responsabilidad*: las partes tienen el deber de comprometerse de buena fe en el proceso, de comportarse en forma respetuosa y transparente y de respetar su confidencialidad; ellos son responsables de su resultado. El mediador tiene la responsabilidad del buen desarrollo del proceso; tiene el deber de verificar que las partes comprenden bien las características del proceso, el papel de ellas mismas y su propio papel; el mediador debe asegurarse de que las partes den su consentimiento voluntario e informado al acuerdo final y, si fuera necesario, las alentará a consultar con un abogado; además, tiene el deber de dar por concluida la mediación si la solución propuesta no es práctica o es contraria a la ley;
- *Independencia*: el mediador es independiente. Debe revelar a las partes todas las circunstancias que, objetiva o subjetivamente, tiendan a comprometer su independencia;
- *Neutralidad*: el mediador se abstiene de tomar partido en la controversia y de hacer comentarios sobre el contenido del conflicto;
- *Humildad o ausencia de poder*: el mediador carece de poder de decisión;
- *Confidencialidad*: las partes y el mediador se comprometen a no revelar a terceros todas las declaraciones, opiniones o propuestas formuladas durante el proceso, ni a presentar en procedimientos ulteriores documentos que las reflejen. Las partes se comprometen a no citar al mediador como testigo. Además, el mediador protegerá

la confidencialidad del proceso y el nombre de las partes. Sin embargo, existen excepciones en ciertas situaciones (mediación escolar o descubrimiento de un delito penal durante la mediación).

C. Estos principios se expresan en los códigos deontológicos de los mediadores, como el código de los mediadores europeos, en algunas legislaciones nacionales y en los instrumentos no vinculantes del Consejo de Europa o de la Unión Europea, o de otras organizaciones no gubernamentales o gubernamentales (CCI/ICC; OMPI/WIPO; UNCTAD/CNUCED, etc.). Las mediadoras o mediadores jurados que no respetaran estas reglas deontológicas se enfrentarían a sanciones, que pueden conducir a su eliminación del registro correspondiente.

6. ¿Qué papel desempeña el mediador?

A. Comienza por asegurarse de que las partes han acudido en forma voluntaria y con pleno conocimiento de los hechos. El papel principal del mediador jurado consiste en ayudar a las partes a entablar una negociación constructiva. Facilita la comunicación entre las partes implicadas y la discusión de los temas de conflicto que las enfrentan. Identifica los obstáculos en la comunicación y el entendimiento, utilizando técnicas específicas. Crea una atmósfera de respeto en la cual las partes puedan encontrar la confianza necesaria para un diálogo fructífero. Por lo tanto, las ayuda a desarrollar sus posibilidades creativas para resolver su conflicto en forma satisfactoria para cada una de ellas.

El mediador utiliza varias herramientas específicas: la técnica de la escucha activa (verbal, para verbal y no verbal), la reformulación, la redefinición (síntesis) y la negociación razonada. Esta negociación es una forma de resolución de los conflictos, desarrollada por Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, profesores de la Universidad de Harvard, según los cuales los negociadores se centran en los intereses comunes de las partes antes que en sus respectivas posiciones, entendiéndose que las reivindicaciones difícilmente pueden conciliarse mientras que las necesidades pueden serlo más fácilmente. Debe todavía dejarse lugar a la imaginación. El objetivo es lograr acuerdos racionales basados en criterios objetivos.

Dentro del marco de la mediación, el mediador utiliza las técnicas de la negociación razonada para ayudar a las partes a negociar entre sí las diferentes opciones contempladas. Para ello, vela por respetar la dignidad de las partes implicadas, gestionando en forma separada las preguntas de las partes y el conflicto en sí, y las alienta a imaginar soluciones que satisfagan a ambas.

B. El mediador no podrá:

- dar una opinión sobre un punto técnico, contrariamente al experto;
- dar un consejo u opinión legal, contrariamente al conciliador;
- realizar investigaciones y hacer recomendaciones a las partes o a una autoridad, contrariamente al Defensor del Pueblo;
- dictar un laudo, contrariamente al árbitro;
- dictar una sentencia, contrariamente al juez.

C. Co-mediación

En los asuntos complejos, cuando existe un gran número de participantes, o preferiblemente de partes implicadas, la mediación puede desarrollarse con dos mediadoras o mediadores jurados o certificados, por ejemplo, un hombre y una mujer, un especialista y un generalista, un jurista y un científico (ingeniero o técnico, etc.).

7. ¿Qué papel desempeña el abogado? ¿Cuál es su interés?

A. Su papel⁷

El papel del abogado es diferente de aquel de un pleito judicial y será determinado de común acuerdo. Las partes determinan si su asesor participará en todas las etapas del proceso de mediación o solo en algunas de ellas. Su papel es importante, en particular durante la elaboración del acuerdo final. La presencia del abogado es particularmente bienvenida en los asuntos complejos o, en general, cuando se presenta un problema legal delicado.

Antes del proceso

Los asesores deberán proponer a sus clientes la inclusión de cláusulas de mediación en sus contratos, con el fin de evitarles entrar en conflicto, de ayudarlos a contenerlo (ya que el conflicto es parte de la vida) y de mantener sus relaciones con sus familiares y socios de negocios, a pesar de una eventual controversia (véase Anexo 1). En especial, esta precaución está justificada en los contratos a largo plazo o cuando las partes han mantenido vínculos de larga data.

Cuando se ha optado por un proceso de mediación, es necesario explicarle al cliente dicho proceso, a saber en particular, la autonomía de las partes, las «reglas de juego», entre las cuales la confidencialidad y el respeto de la otra parte, que pasa del rol de la «parte adversa» a «socio en el proceso».

Durante el proceso

Debido a que el cliente es el protagonista más importante del proceso, su abogado desempeñará ante él principalmente el papel de asesor (o *coach*) y de consultor (custodio), mientras trata de hacerse entender por la otra parte. Hablará con su colega dentro de un papel mucho más tradicional para la elaboración conjunta del convenio de mediación.

Después del proceso

El abogado se preguntará sobre la necesidad o no de hacer homologar el convenio de mediación, o de formalizarlo como título ejecutivo.

Después de la sentencia

Luego de una sentencia, el abogado consultado se preguntará por la oportunidad de recurrir aún en esta etapa a la mediación, en particular, cuando la decisión no le parece adaptada a la situación real o a los grandes intereses de las partes.

⁷ Véase Avi SCHNEEBALG, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, CMAP/ECONOMIA, Paris, 2003

Deontología

Además de la cuestión de los costes, *el interés superior del cliente* conducirá al abogado a proponerle recurrir a la mediación cuando el asunto se preste a ello (véanse las preguntas 3 y 4 anteriores). Los códigos deontológicos de la abogacía van en esta dirección, ya sea que se trate del Código de Deontología de los Abogados Europeos, aprobado por el Consejo de la Abogacía Europea, de los códigos nacionales o regionales. No hacerlo en las situaciones que se presten a ello (véase la pregunta 3) podría constituir hoy una falta profesional, tanto de acuerdo con estos códigos como de acuerdo con la orden del Consejo Federal según la cual:

La acción judicial debe ser el último recurso para pacificar una situación conflictiva. (...) El acuerdo amistoso tiene pues prioridad, no porque alivia a los tribunales, sino porque, en general, las soluciones transaccionales son más duraderas y, por consiguiente, más económicas por el hecho de que pueden tener en cuenta factores que un tribunal no podría invocar⁸.

El código, aprobado por el Consejo de la Abogacía Europea⁹, establece lo siguiente:

El abogado deberá intentar, en todo momento, de buscar la solución más adecuada en función de la relación coste-efectividad y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto de la conveniencia de llegar a un acuerdo o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos¹⁰.

B. Su interés¹¹

El abogado encontrará, tanto en el ejercicio de su profesión como en su relación con su cliente, varias ventajas para proponer la mediación y participar en ella a su lado como asesor:

⁸ CONSEJO FEDERAL, Mensaje sobre el Código de Enjuiciamiento Civil Suizo (CPC) de 28 de junio de 2006 (FF 2006 6841)

⁹ Los Colegios de Abogados Suizos están asociados a este Consejo, e incorporarán esta regla a sus usos y costumbres, sobre todo en momentos en que la mediación está consagrada en el ordenamiento jurídico suizo.

¹⁰ Art. 3.7.1. del Código de Deontología de los Abogados Europeos, aprobado por el Consejo de la Abogacía Europea, actualizado al 19.5.2006; véase Jean A. MIRIMANOFF (ed.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011

¹¹ Cinthia LEVY, « Les avantages de la médiation pour l'avocat », in: *Revue de l'Avocat*, novembre-décembre 2013

1. La importancia de la tasa de éxito de las mediaciones. En Suiza y en el extranjero, las estadísticas coinciden y muestran una tasa de éxito de aproximadamente el 70 % en materia civil y mercantil¹². Esta tasa de éxito tiende a fortalecer la credibilidad del abogado y del bufete que se dedica a la mediación.
2. La rentabilidad para el bufete. Dado que los honorarios pueden tomar en cuenta legítimamente el éxito y la rapidez de la prestación del abogado, la tasa de éxito antes mencionada sería pues un factor de ganancia económica para el bufete.
3. La imagen del bufete. La mediación representa un nuevo segmento que ilustra la apertura, la creatividad y la diversidad de las prestaciones ofrecidas por el bufete a su cliente, y la preocupación del bufete por considerar principalmente el interés superior de dicho cliente.
4. La fidelización de la clientela. Los factores antes mencionados deberían también contribuir a fidelizar la clientela, en período de creciente competencia en la profesión.

¹² Encuesta de la FSM, ejercicio 2008, publicada en octubre de 2009.

8. ¿Cómo es el proceso de mediación? ¿Cuáles son las etapas? ¿Qué duración tiene?

No existe proceso uniforme ni para la mediación en general, ni tampoco para las mediaciones especiales: familiares, mercantiles, inmobiliarias, etc. En la práctica, no sorprende pues constatar una gran diversidad de enfoques, corrientes y métodos.

A menudo, en las formaciones brindadas en Suiza y en otros países europeos, encontramos un modelo denominado «la rueda de Fiutak»¹³, por el nombre de su autor. El modelo comprende, después de una preparación preliminar, cuatro fases y luego la ejecución del acuerdo.

Preparación preliminar: antes de firmar su compromiso en la mediación, el mediador, las partes implicadas y sus asesores se presentan y definen sus objetivos y expectativas; se enuncian las reglas del proceso y se fija el tiempo del proceso y de sus etapas.

Primera fase: *¿Qué?*

Permite a las partes comunicar claramente su percepción de la realidad. En esta fase, el papel del mediador es darle la palabra a cada parte en forma equilibrada y hacer preguntas para clarificar la situación.

Segunda fase: *¿Para qué?*

Permite a las partes hacerse preguntas entre sí para probar su representación de la realidad y comenzar a verificar y comprender cuáles pueden ser sus verdaderos intereses. En esta instancia, las partes expresan libremente sus emociones, sentimientos, valores, necesidades e intereses.

Tercera fase: *¿Y si, o cómo?*

En esta fase, las partes exploran las diferentes opciones, sin dejarse engañar y limitar en las dificultades del pasado. Y expresar un máximo de opciones constituye un elemento decisivo.

Cuarta fase: *¿Cómo precisamente?*

Permite generar y aplicar un plan de acción que consiste para las partes en decidir juntas, entre todas las opciones, las que permitirán llegar a la consecución de un acuerdo duradero. En este momento, surgen a veces discusiones sobre puntos específicos, más complicados, que hasta entonces no habían sido considerados. Solo ocurre cuando las partes pueden responder a las preguntas: «¿Quién hace qué, cuándo, dónde y cómo?» y

¹³ Thomas FIUTAK, Gabrielle PLANES et Yvette COLIN, *Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation*, Trajets, Erès, Paris, 2009

pueden precisar cuáles serían las consecuencias para cada parte en caso de incumplimiento del convenio de mediación, que se convierte en posible y realizable.

Entre las dos primeras fases y las dos fases siguientes, se encuentra una zona -capital- en la cual se expresan muy particularmente las emociones de las partes, y que Fiutak denomina «el punto de transición de la catarsis».

Ejecución del acuerdo: llegado al acuerdo final, las partes pueden obtener satisfacción en forma oral o mediante un acuerdo escrito, o fortalecer su eficacia formalizándolo como título ejecutivo o mediante la homologación, en caso de mediación judicial. Sin embargo, siempre es necesaria la ratificación del tribunal en los casos de separación o de divorcio.

Todo el proceso puede desarrollarse en una o varias sesiones; estas sesiones pueden tener una duración de entre dos y cuatro horas, englobar todo o parte de las etapas, y esto según las decisiones de las partes y los temas a tratar en la mediación.

En regla general, el tiempo que medie entre el inicio y el fin del proceso no debería exceder de dos a tres meses.

Para evitar grandes intervalos de tiempo entre las sesiones, las partes pueden establecer previamente fechas límites (un plazo más allá del cual se interrumpirá la mediación si no concluye con éxito). Tales plazos están previstos en los reglamentos de mediación o en algunas legislaciones nacionales.

Las mediaciones más cortas (menos de una hora o menos de una media jornada) son, por ejemplo, las mediaciones vecinales, luego siguen las mediaciones mercantiles (en media, una jornada completa o dos a cuatro medias jornadas), mientras que las mediaciones familiares se desarrollan en sesiones de dos horas aproximadamente, pero más espaciadas entre sí, para permitir que las partes puedan gestionar bien la experiencia que vivieron y prepararse mejor para soluciones duraderas. En general, las mediaciones escolares se desarrollan en forma mucho más rápida e informal.

**9. ¿Cuáles son los costes de la mediación?
¿Cuáles son las ventajas económicas de la mediación?
¿La asistencia jurídica (AJ) asume el coste de la mediación?**

A. Coste de la mediación

Los costes de una mediación se componen de los honorarios del mediador y de sus eventuales gastos. Las partes y el mediador comienzan por entenderse sobre las modalidades de la remuneración. En general, los honorarios del mediador se dividen por igual entre los mediados, pero pueden diferenciarse también para reflejar, por ejemplo, las diferencias económicas entre los mediados.

La fijación de la tarifa horaria de los honorarios tendrá en cuenta especialmente la situación económica de las partes, el valor del litigio, el número de partes, la naturaleza y complejidad del conflicto, etc. Frecuentemente, las tarifas se conocen de antemano porque están fijadas en el reglamento de las instituciones de mediación (véanse los enlaces mencionados en la pregunta 10 C).

B. Ventajas económicas

En la mayoría de los casos, la mediación, en particular en materia mercantil, tiende a mantener o a transformar los vínculos entre las partes. En cambio, el procedimiento civil o arbitral (pleito judicial) tendrá muy a menudo un efecto de ruptura, que conllevará necesariamente costes ocultos que no son considerados en los costes procesales reales. En efecto, será necesario que cada parte implicada invierta nuevamente en tiempo, dinero y energía, para encontrar: un nuevo socio mercantil, un nuevo producto, nuevos servicios, nuevas patentes, marcas o modelos industriales, nuevos colaboradores, nuevas financiaciones, nuevos locales, etc. Ahora bien, precisamente, todos estos costes importantes se ahorran o se reducen considerablemente cuando se utiliza la mediación como modo de resolución de los conflictos.

C. La asistencia jurídica

Cuando se reúnen las condiciones de la asistencia jurídica, se asume el coste de la mediación, incluso de los honorarios de la mediación. Algunas legislaciones extienden el otorgamiento de la asistencia jurídica a la mediación extrajudicial¹⁴.

¹⁴ Art. 2 del Reglamento sobre la asistencia jurídica para el mediador jurado (E 2 05 04)

10. ¿Cómo iniciar la mediación? ¿Cuándo? ¿Por quién? ¿Con quién?

A. ¿Cuándo?

Las partes pueden prever anticipadamente, o sea de modo preventivo, el recurso a la mediación, incluso en caso de un problema simple o de una dificultad en las relaciones personales.

Se presentan varias situaciones:

- a) A título preventivo, las partes pueden incluir una cláusula de mediación en sus contratos (véase Anexo 1).
- b) Asimismo, una vez surgido el conflicto, las partes pueden convenir un acuerdo de mediación en la etapa de conciliación (en su lugar) o en cualquier momento en primera o en segunda instancia.
- c) Además, en un acuerdo final de mediación luego de un primer conflicto, las partes pueden prever que recurrirán nuevamente a la mediación, en caso de dificultad en la ejecución del acuerdo o en caso de problemas posteriores entre ellas.

B. ¿Por quién?

Esencialmente, la mediación puede ser iniciada las partes y, llegado el caso, por su asesor o también puede ser sugerida, propuesta u ordenada por un tercero. ¿Qué tercero? En realidad, cualquiera:

- Puede tratarse de una persona privada: un amigo, un vecino, un padre, un colega, un presidente de asociación, un abogado, un fiduciario, un asegurador, etc.
- Puede tratarse de una persona oficial: un juez, un notario, un alcalde, un profesor, un representante cualificado de la brigada de menores, etc.

C. ¿Con quién?

Las autoridades de algunos países o cantones tienen registros de mediadores jurados o certificados con campos de especialización y los mantienen actualizados, a falta de asociaciones globales en el plano nacional o regional.

Ginebra: Comisión de Preaviso en Materia de Mediación Civil y Penal, Departamento de Seguridad y Economía, 7 place de la Taconnerie, Apartado de correos 3962, 1211 Ginebra 3,
www.ge.ch/justice/mediation

Friburgo: Comisión de Mediación en Materia Civil, Penal y Penal Juvenil, Servicio de Justicia, 27 Grand Rue, CP, 1702 Friburgo,
www.fr.ch/sj/fr/pub/mediation.htm

Vaud: Tribunal cantonal, Lista de mediadores civiles certificados,
www.vd.ch/mediation-civile

Cámara Suiza de Mediación Mercantil (CSMC/SKWM),
www.skwm.ch

Federación Suiza de las Asociaciones de Mediación (FSM/SDM),
www.infomediation.ch

Federación Suiza de Abogados (FSA/SAV),
www.swisslawyers.com

Instituto Internacional de Mediación (IMI), La Haya
www.imimmediation.org

ANEXOS:

I. MODELO DE CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN (CCIG)

MEDIACIÓN (SEGUIDA DE UN ARBITRAJE)

Cualquier litigio, controversia o pretensión nacido del presente contrato o relacionado con este último, incluida su validez, nulidad, eventuales violaciones del contrato o su rescisión, se someterán a la mediación, de conformidad con el Reglamento Suizo de Mediación Mercantil de la «Swiss Chambers' Arbitration Institution» en vigor en la fecha de formulación de la solicitud de mediación, de acuerdo con dicho reglamento.

La sede de la mediación será en Ginebra.

El proceso de mediación se desarrollará en... [especificar el idioma deseado].

Cuando el litigio, la controversia o la pretensión no hayan podido resolverse completamente a través de la mediación en un plazo de 60 días, a contar desde la fecha de confirmación o de nombramiento del o de los mediador(es), serán resueltos por la vía del arbitraje, de conformidad con el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de la «Swiss Chambers' Arbitration Institution» en vigor en la fecha de presentación de la notificación de arbitraje, de acuerdo con dicho reglamento.

Se fija la cantidad de árbitros en [«uno», «tres» o «uno o tres»].

La sede del arbitraje será en Ginebra.

El arbitraje se desarrollará en.... [especificar el idioma deseado].

(El arbitraje se desarrollará según las reglas del Procedimiento Abreviado [si las partes así lo desean]).

*Para más información: arbitration@ccig.ch
www.ccig.ch*

II. PARA INFORMACIÓN MÁS DETALLADA

- Jean A. MIRIMANOFF, Marco PONS, *Amicable Dispute Resolution : Bibliography, Résolution Amiable des Différends : Bibliographie, Einvernehmliche Streitbeilegung : Bibliographie*, Slatkine, Genève, 2014
www.infomediation.ch; www.skwm.ch; www.mediationgeneve.com
- Esther HAAS et Toni WIRZ, *Médiation – Résoudre les conflits par le dialogue*, Ed. Beobachter, 2014, en collaboration avec la SDM-FSM
- Esther HAAS und Toni WIRZ, *Mediation – Konflikte lösen im Dialog*, Verlag Beobachter, 2011, in Zusammenarbeit mit SDM-FSM
- Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011
- Roger FISHER, William URY et Bruce PATTON, *Comment réussir une négociation*, Seuil, Paris, 1982



SDM-FSM

Schweizerischer Dachverband Mediation

Fédération Suisse des Associations de Médiation

Federazione Svizzera delle Associazioni di Mediazione

C S M C	Chambre Suisse de Médiation Commerciale
S K W M	Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation
C S M C	Camera Svizzera per la Mediazione Commerciale
S C C M	Swiss Chamber of Commercial Mediation