

gtz



NEGOCIACIÓN MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS



Prof. Dr. Raúl Núñez Ojeda
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Universidad Pompeu Fabra (España)



**NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN
COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS**



Prof. Dr. RAÚL NÚÑEZ OJEDA
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Universidad Pompeu Fabra (España)

ÍNDICE

Índice

Introducción

Sistema procesal civil español

1. Los medios alternativos (ADR), una visión española
2. Negociación
3. Mediación. Con especial referencia a la mediación familiar
4. Conciliación
 - 4.1. Aspectos generales
 - 4.2. Clases de conciliación
 - 4.3. Naturaleza de la conciliación
 - 4.4. Origen de la conciliación en el Derecho español
 - 4.5. Conciliación en el Derecho español

Sistema procesal civil anglosajón

1. Aspectos generales
2. Campo de aplicación
3. Instrumentos
 - 3.1. Negociación
 - 3.2. Mediación
 - 3.3. Conciliación

Sistema procesal civil alemán

1. Aspectos generales
2. Medios y campo de aplicación
 - 2.1. Generalidades
 - 2.2. Costos y honorarios de los abogados en caso de acuerdo amistoso durante la tramitación del juicio
 - 2.3. Formalidades de los acuerdos *intraprocesales* en la República Federal de Alemania
 - 2.4. Negociación y mediación
 - 2.4.1. Marco regulatorio
 - 2.4.1.1. Desarrollo de la regulación internacional
 - 2.4.1.2. Mediación obligatoria en Derecho alemán
 - 2.4.2. Acuerdos y cláusulas de mediación
 - 2.4.2.1. El Derecho alemán y los acuerdos de mediación
 - 2.4.2.2. Términos y condiciones generales
 - 2.4.2.3. Incumplimiento de la obligación de mediar
 - 2.4.3. Procedimiento de mediación
 - 2.4.3.1. Acuerdo en el procedimiento (aspectos a considerar)
 - 2.4.3.2. La referencia a reglas de institución de mediación
 - 2.4.3.3. Mediación y los procedimientos en los tribunales
 - 2.4.4. Acuerdo sobre los servicios del mediador
 - 2.4.4.1. Deberes del mediador: Reglas de conducta
 - 2.4.4.2. Remuneración del mediador

- 2.4.4.3. Responsabilidad de los mediadores
- 2.4.5. Conclusión del procedimiento de mediación
- 2.5.5.1. El acuerdo
- 2.4.5.2. Actuación deficiente en la negociación
- 2.4.5.3. Ejecutabilidad del acuerdo negociado
- 2.4.6. Campos de aplicación clásicos
- 2.5. Conciliación

Sistema procesal civil italiano

- 1. Aspectos generales
- 2. Negociación y mediación
- 3. Conciliación

Sistema procesal civil francés

- 1. Aspectos generales
- 2. Visión general de los ADR en Francia en materia civil
- 3. Mediación y conciliación en el Estado francés
 - 3.1. Mediación
 - 3.2. Conciliación

Conclusiones, estadísticas y propuesta normativa

- I) Conclusiones
- II) Estadística de eficacia en Francia
- III) Muestra del funcionamiento de la mediación en el Estado de Illinois (USA)
- IV) Estadísticas de la eficacia en Alemania
- V) Propuesta legislativa

Anexo I

- Uniform Mediation Act
- Anexo II
- Conciliation US Code
- Anexo III
- The 2005 Florida Statutes (EEUU)
- Anexo IV
- Mediación y conciliación en Francia. Extracto de normas
- Anexo V
- Normas sobre mediación en Suiza
- Anexo VI
- Voluntary Dispute Resolution Policy US
- Anexo VII
- Schlichtungsordnung (DIS)
- Anexo VIII
- Libro verde sobre mediación en la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Algunas veces por aplicar la ley del más fuerte, o en otros casos convenían una pauta de acercamiento para evitar aumentar el conflicto¹.

En ambos casos se partía del enfrentamiento individual, no existían terceros involucrados, y si eventualmente estaban, en realidad compartían el interés de uno de los contrincantes.

La misma *Ley del Talión* constituyó un avance en esta materia, al impedir que sólo la fuerza fuera la causa motivante de la justicia, logrando una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido².

La organización de la familia trajo consigo un cambio de paradigma. La armonía de la convivencia, la interrelación y los afectos, permitieron valorar adecuadamente la conveniencia de implementar una sociedad sin perturbaciones. Ello se traduce en concebir a la tribu o al grupo como una gran familia a cargo del patriarca o jefe de la tribu.

Así las cosas, si la paz se rompía, el conocimiento de controversia era entregado a un tercero, normalmente al jefe tribal o patriarca. Él mismo tenía, por un lado, la altura moral para poder obtener la aceptación de lo resuelto por los interesados en el conflicto, y, por el otro, el poder de coaccionar el cumplimiento de lo resuelto en caso de negativa por parte del obligado.

Los primeros esbozos de la institución judicial pertenecen a los egipcios, donde cada parte redactaba sus pretensiones ante el tribunal. Una vez cumplido el procedimiento, se abrían las puertas donde deliberaban los jueces y el presidente se presentaba con un collar de oro en el cuello, del cual pendía una pequeña figura enriquecida con piedras preciosas, que era el símbolo de

¹ Sobre la evolución ver, a modo indicativo: FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 25 y ss., y, ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2004, págs. 25 y ss.

² GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Berlin, 2003, *passim*.

la verdad o de la justicia. Esta autoridad revelaba el éxito del juicio, volviendo la figura hacia el lado de la parte que había ganado el pleito.

Atendiendo a todo lo señalado con anterioridad, llegamos al estado actual de nuestras sociedades post-industriales³. Dentro de las mismas, la chilena presenta, además, algunas particularidades muy concretas.

Si teóricamente el Poder Judicial ejerce funciones de control de los otros poderes del Estado y de protección del ciudadano, hoy, en el comienzo del siglo XXI, la parcial ineficacia del mismo se hace evidente, en gran medida, porque nos hallamos inmersos en una sociedad dinámica y compleja que ha condicionado el derecho mismo, ante la multiplicación del tráfico jurídico que ha desembocado en una proliferación incontrolada de conflictos, que exigen soluciones concretas entre situaciones específicas⁴.

Bastaría referirse al Derecho comercial o al administrativo para comprender la validez de estas afirmaciones:

- En el campo del *Derecho comercial*, hace 30 años no se podía ni imaginar la evolución que iba a tener el consumo y desarrollo correlativo de la tutela de los consumidores; asimismo, en estas últimas décadas, se produce un incremento de las personas jurídicas (corporaciones, sociedades, etc.) que han abierto un amplio espectro de intervenciones en el tráfico mercantil; por su parte, por razones de la economía o de la tecnología, han ido desarrollándose parcelas jurídicas especiales en el Derecho comercial que exigen la debida protección: publicidad, competencia, sociedades, seguros, derecho bancario, etc.
- En el *Derecho administrativo*, por su parte, se ha producido una multiplicación de las relaciones administración/ciudadano, consecuencia del desarrollo social y del creciente papel de lo público, que incrementa las posibilidades de existencia de discrepancias.

La proliferación de los asuntos ante los diversos órdenes jurisdiccionales y la exigencia del reparto debido al texto de la Constitución Política de la República, en cuanto al derecho a la tutela judicial, ha abierto un camino hacia la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional como cauce bien complementario o bien previo de aquélla; medios que tratan de dar respuesta a los problemas que día a día se les plantean a los tribunales

³ Sobre el concepto de sociedad del riesgo, como manifestación del Estado actual de las sociedades postindustriales ver: BECK, ULRICH, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere*

⁴ Sobre los problemas del Poder Judicial en materia civil confrontar: TAVOLARI OLVEROS, RAÚL, «El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción, de cara a la reforma», *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 44 y ss.).
Moderne, Surkamp, Frankfurt, 1986, *passim*.

ordinarios, que no tienen capacidad ni mecanismos de coordinación, ni la rapidez adecuada para dar respuesta al problema.

De estos cauces alternativos, que tendrían por objeto procurar una solución extra-jurisdiccional de la controversia, podrían, se señala, derivar beneficios para el desarrollo del sistema judicial en su conjunto.

Junto a la tutela que se encomienda a los órganos integrantes del Poder Judicial, hoy no se debe ni puede escapar al estudio del Derecho Procesal el análisis de los mecanismos que pretenden alcanzar la tutela de los ciudadanos; mecanismos que están comenzando a resurgir o surgir en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de aquellos cauces no judiciales o jurisdiccionales, pero con connotaciones que no asumen los criterios y principios generales del Poder Judicial para la solución de las controversias jurídicas; cauces que se asientan fundamentalmente en dos notas: la autonomía de la voluntad y la economía.

Por otra parte, no se trata más que el resurgir de instituciones que existían antes que el proceso. En este sentido, cobran importancia las palabras del profesor alemán, de principios del siglo pasado, KISCH⁵ para quien «(...) la autodefensa era el sistema primitivo empleado para la resolución de los conflictos, siendo que, poco a poco, se hizo necesaria la intervención de la familia, la tribu o la *sípe*, de manera tal que reglamentasen las vías de solución de los conflictos y que, de este modo, pudiera alcanzarse la exclusión de la violencia privada a través de las fórmulas auto-compositivas. Posteriormente tuvo su aparición el arbitraje, siendo ya un instrumento del Estado en cuanto implicaba un mínimo de organización política y social, proceso (...)»⁶.

La tradición de un pueblo es la que viene a marcar las notas que convergen en el comportamiento que afecta tanto a las costumbres, como a los hábitos sociales, económicos, culturales, alimenticios, religiosos y, por supuesto, imbuyen los comportamientos jurídicos. Así las cosas, todos estos factores tienen la influencia en el desarrollo de las conductas a la hora de resolver sus disputas los integrantes de un determinado núcleo poblacional.

De este modo, si la característica predicable de los sistemas del *civil law* ha sido la cultura litigiosa integrada por la participación judicial, aquellos sistemas de influencia política o religiosa grande han estado imbuidos por esa filosofía en su conducta. Basta poner como paradigma a la República Popular China, en la que la mediación como medio de solución de los conflictos tiene un origen religioso, responde a la misma filosofía de vida del pueblo chino, a quien la corriente de *Confucio* enseña que nada debía perturbar la armonía

⁵ KISCH, S., *Deutsches Zivilprozessrecht*, Mohr Verlag, Berlin, 1922, pág. 21 y 22.

⁶ KISCH, S., *Deutsches Zivilprozessrecht*, op. cit., *Idem*.

natural de las relaciones humanas, armonía que se interrumpe por la aparición de los conflictos.⁷

Las razones son dispares, según las diferentes culturas y regímenes políticos, obedece a respuestas de una sociedad que, sea cual sea, reclama una búsqueda de soluciones a los pre-conflictos o a los conflictos ya suscitados. En el fondo, esto no es sino un elemento más de la sociedad en la que se vive. Así, a la sombra de los avances del Estado de bienestar, del fenómeno de la globalización y de las bases tecnológicas de la economía y de la misma sociedad, el individuo es y debe ser cada vez más autónomo, tanto moral como materialmente; y esa independencia viene en gran medida fomentada desde la mayor información y mayor formación. Si en el fondo de lo que se trata es de que se garantice desde el Estado el individualismo, en cuanto pueda significar características de los ciudadanos en singular, la política y con ella los actos derivados de la misma que van a incidir en el ámbito de lo jurídico, no puede tratar a los ciudadanos como *masas amorfas*, sino como individuos y garantizar sus responsabilidades y derechos, ya como colectivos con capacidad de discernimiento; y ello debe convivir con una garantía de lo público, pero nunca como si de intereses contrapuestos necesariamente se tratara, ya que en los últimos años hemos asistido a una hipervaloración de lo público, arrancando terreno a lo privado, cuestión que no tiene justificación.

De este modo, lo que se viene denominando como *justicia formal*, término erróneamente empleado si lo que se pretende es hablar de la justicia estatal o en su caso institucionalizada, no puede dar respuesta a cuantas solicitudes, demandas e intereses son planteados ante la misma. La falta de una respuesta, o la obtención de una respuesta meramente ritual ha hecho que los sistemas jurídicos virasen hacia instrumentos que sirvan, con resultados satisfactorios, a las demandas civiles.

Ante los conflictos jurídicos que se suscitan, dos son las líneas que podrían aglutinar las diferentes vías de solución de los mismos. Junto a la vía de la justicia estatal, institucionalizada y reglamentada, que responde a una intervención mayoritaria pero única de los órganos jurisdiccionales, es posible también acudir a cauces privados, casi privados o en todo caso donde la participación bien sólo en la opción e inicio o bien en el mismo desarrollo del procedimiento, se lleva a cabo a través de los sujetos que pueden o ya se hallan en conflicto.

⁷ Se debe tenerse presente el interés que tuvieron, en otra época, los emperadores por tener un conocimiento y hasta un predominio sobre las poblaciones, a través de los mediadores, que imponían determinadas soluciones. Hoy con otra estructura y organización política, esa finalidad se ha transformado, siendo importante el que el pueblo representado por los mediadores, evite los conflictos y ayuden a la gente a resolverlos por sí mismos (MARABOTTO LUGANO, J.A., «La mediación en la República Popular china», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1994, pág. 158).

Tras un período, característico de todas las culturas occidentales⁸, en el que el Estado ha asumido la necesidad de una función de protección de todos los ciudadanos, donde la visión socializante se ha dejado sentir y ha alcanzado a todas las facetas de la vida, también ha dejado su huella en la estructura, organización, funcionamiento y regulación de las fórmulas resolutorias de los conflictos jurídicos, virando éstas hacia la fórmula supervalorada y desarrollada que ha sido la que se ejerce por los órganos del Estado denominados jurisdiccionales y a través del cauce que se denomina proceso. La jurisdiccionalización de las sociedades modernas, provocada por el aumento de la litigiosidad, en cantidad y calidad, la internalización y trasfiguración de los asuntos que convierten, en algunos supuestos, en inoperante las resoluciones nacionales, reglamentadas o estatalizadas, y en general, los deseos de buscar, por parte de los Estados, una mayor eficiencia en la justicia, ha provocado que dos sean los puntos de mira en estos últimos decenios: primero, el deseo de convertir en realidad el acceso a la justicia de todos los ciudadanos; y, segundo, buscar soluciones de justicia alternativa o complementaria que faciliten el descongestionamiento de los tribunales y una mejor calidad del servicio.

Hoy, que a nadie escapa que nos hallamos ante lo que desde diversos foros y posiciones ideológicas y políticas se viene denominando como crisis de la Administración de Justicia, vivimos en el resurgir de éstas y otras vías de solución de los conflictos que rompen con el esquema procesal científico delimitado⁹.

Con el dato que señalamos, hemos querido mostrar al estudioso del Derecho procesal, que tome conciencia de la existencia de esos otros cauces que, si bien todavía no son estadísticamente equiparables en cuanto al valor cuantitativo a los procesos judiciales, sí son, y deben ser así tratados, medios de tutela extra-jurisdiccional que, por ende, deben centrar nuestro estudio¹⁰.

Con todo, dentro del proceso jurisdiccional también debe prestarse atención a la institución de la conciliación. Institución que se diferencia de la negociación y de la mediación, desde la perspectiva del Derecho chileno, por tener su origen en sede judicial y con una activa participación del juez. Efectivamente, es el mismo titular del órgano jurisdiccional quien efectúa la propuesta de acuerdo.

⁸ Para un completo análisis de la evolución histórica y doctrinal de la noción de jurisdicción, ver por todos: MONTERO AROCA, JUAN, *Introducción al Derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1977, *passim*; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, *passim*; y, GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, *passim*.

⁹ En el mismo sentido confrontar: CADDIET L. y JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2004, págs. 14 y ss.

¹⁰ GUINCHARD, SERGE, BANDRAC, MONIQUE, y otros, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du process*, Dalloz - Sirey, Paris, 2005, *passim*.

Es conocido por todos que la institución de la conciliación en Chile tiene una escasa, por no decir nula, eficacia en la reducción del volumen de trabajo que deben procesar los tribunales de justicia. Pero nuestra realidad es muy diversa de la que se puede apreciar en el Derecho comparado, en la que la conciliación juega un papel importante como herramienta para disminuir el volumen de trabajo de los tribunales.

El presente trabajo tiene por objeto determinar las fuentes legales y dogmáticas de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Para ello, hemos realizado un análisis de los tres instrumentos característicos de los llamados métodos alternativos de solución de controversias, a saber: negociación, mediación y conciliación. El estudio se centró en la legislación y doctrina extranjera. También se analizó las materias que en Derecho comparado se entregan para su resolución.

SISTEMA PROCESAL CIVIL ESPAÑOL

1.- Los medios alternativos (ADR), una visión española

Como señala RAMOS MÉNDEZ¹¹, en España la noción de medios alternativos para la solución de litigios se utiliza en un sentido amplio y desprovisto de toda connotación dogmática para englobar todas aquellas instituciones que contribuyen a la resolución de litigios jurídicos por una vía distinta al sistema estatal o como modelo de instrumento diferente al juicio regulador en las leyes de procedimiento. Efectivamente, esta nomenclatura comprende instituciones muy heterogéneas, que no siempre tiene un desarrollo legislativo adecuado, como ocurre en el Estado español, o cuya proyección práctica es sumamente desigual. Entre ellas se incluyen cosas tan dispares como la negociación, la integración de relaciones jurídicas por medio de terceros, la adopción de contratos, la transacción, la pericia técnica, la conciliación, la mediación, el *mini trial*¹², el *référé* arbitral, el arbitraje, etc.

La filosofía común de estos medios alternativos es que todos ellos son voluntarios, es decir, suponen una opción personal del individuo y no vienen impuestos por el sistema estatal. Ello le permite valorar las ventajas e inconvenientes, los *pros* y los *contras*, en relación con el litigio concreto o futuro y, consiguientemente, una lección responsable. Otra característica común es la de que permiten a los interesados hacerse un «traje a la medida». La flexibilidad de estos medios es tal que no supone violencia alguna de las formas al adaptarlos a las necesidades del caso y el decidir la dosis que se emplea y hasta dónde se llega con su uso.

Más allá de la filosofía que precede a estos métodos, la configuración, los objetivos y los instrumentos de que se vale cada medio son de diversa índole. Los de carácter preventivo, como la sana intención de evitar el conflicto o atajarlo en sus inicios. Otros se mantienen cuidadosamente en el

¹¹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 41.

¹² Aunque la denominación suponga referirse a un «pequeño juicio», en realidad se trata de un sistema de encuentro voluntario entre intereses contrapuestos cuyos operadores directos son los abogados de las partes.

Así las cosas, el *mini trial* consiste en un procedimiento informal mediante el cual las partes interesadas (o sus representantes de más elevada jerarquía en el caso de las sociedades anónimas) toman conocimiento íntimo y detallado de la disputa mediante su concurrencia a reuniones organizadas por los respectivos abogados de las partes.

campo estrictamente negocial, que se presupone amical o con clima. Cuando se decide ir más allá, se importan los protocolos de conducta y reglas de comportamiento para la solución de litigios, que se perciben como diferentes de los que rigen la justicia estatal. Finalmente, también pueden elegirse medios claramente equivalentes a los judiciales, como resultado igual de contundente, desde el punto de vista de sus posibilidades de imponerlo por la fuerza. El sistema aspira, no obstante, a que, dentro del espíritu de libertad que lo anima, la decisión se cumpla voluntariamente. Igual que se cumple la palabra dada entre personas serias¹³.

A continuación, el estudio se centrará en las instituciones de la negociación, mediación y conciliación dentro del sistema procesal civil español. Con todo, se debe tener presente que este sistema se encuentra sumergido en una gran transformación como consecuencia del auge económico vivido por España estas últimas dos décadas. Esta situación ha hecho necesaria una revisión de los conceptos clásicos sobre la justicia **civil y moral con mejores ojos las soluciones pragmáticas de los países anglosajones.**

2.- Negociación

Debe considerarse la negociación como un medio a partir del cual es posible en ocasiones evitar la aparición del conflicto, y en otras, actuar como válvula resolutoria del conflicto ya desatado.

Como institución, la figura de la negociación ha existido siempre, más aún si se considera que ha jugado como mecanismo de actuación de los abogados en su actividad profesional. Debe tenerse presente que los tratos, pactos, acuerdos están presentes incluso en la elaboración de los contratos. La cultura jurídica de España, ha llevado que por regla general los problemas jurídicos derivados del contrato firmado sean conocidos por un tribunal.

En los conflictos civiles la técnica de la persuasión e incluso de presión, combatiendo ambas partes con sus propias armas, se ven acompañados de diversas técnicas de negociación, mediación y arbitraje convenido entre los agentes intervinientes, quienes en su caso acuerdan las condiciones que deben subyacer para la finalización temporal o definitiva del conflicto. Así la negociación supone un primer estadio, de manera que en ocasiones puede servir a los fines de evitar incluso la aparición del conflicto, sería una negociación *pre-conflictual*. Con todo, se requiere la existencia de intereses en juego que provoquen, cuando menos, ciertas tensiones entre los adversarios, de manera tal que se requiera de la colaboración de ambos para alcanzar la solución deseada: evitar el conflicto. Asimismo, la negociación tiene una función como primer estadio en aquellas hipótesis en que el conflicto ya existe, generando una discusión entre los contrincantes por sí mismos o a través

¹³ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, op. cit., pág. 42.

de sus representantes. En ambos casos se requiere, para que estemos frente a una verdadera negociación, la existencia de un mínimo de intereses comunes o complementarios entre los adversarios, la existencia de una motivación por ambas partes para llegar a un acuerdo así como la existencia de un equilibrio de fuerzas, es decir, que no sean demasiado desiguales¹⁴.

Donde el Derecho haga disponible sus contenidos y, sobre todo, deje a la disponibilidad de las partes la búsqueda y exigencia de una tutela y protección concreta, especialmente significativo en el Derecho privado, la negociación como medio alternativo a la misma aparición del conflicto o como técnica *post-conflictual* emerge con mucha significación que donde juegan intereses públicos, indisponibles y forzosamente defendidos por representantes del Estado.

3.- Mediación. Con especial referencia a la mediación familiar

Con la mediación, las partes consiguen poner fin al conflicto mediante un acuerdo adoptado tras una primera etapa que supone una negociación, de manera que el mediador intentará aproximar las posiciones o incluso proponer el acuerdo sin que en ninguna hipótesis pretenda la imposición de la solución del conflicto. Así las cosas, una definición de mediación es «(...) una forma pacífica de solución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes»¹⁵.

En el sistema procesal español, a diferencia de otros sistemas, la mediación ha sido poco utilizada, quizás por el poco arraigo que entre los operadores jurídicos existe en esta materia.

Así las cosas, en España se ha visto en los últimos años la facilitación y potenciación, desde diversos foros, de la técnica de la mediación como práctica para la resolución de los conflictos en el campo social, percibiéndose así los influjos de la ya existente y ya consolidada como técnica en el derecho comparado. En esta línea de difusión se centra la aparición de la Asociación para la Promoción de la Mediación a España (APME), que cuenta entre sus objetivos el de «difundir la práctica de la mediación, como conjunto de conocimientos y de técnicas específicas desarrolladas a través de una actividad profesional que necesariamente debe ser conocida por una sociedad inmersa en un profundo cambio, que se dispone a comenzar el siglo

¹⁴De lo contrario, nos encontraríamos ante un aniquilamiento de una de las partes (MANZANOS BILBAO, CARMEN, «El Derecho como mecanismo de control frente a los conflictos sociales», *Derecho y sociedad* (Coord. M.J. Añón; R. Bergali; M. Calvo y P. Casanovas), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 448).

¹⁵MEJÍAS GÓMEZ, JUAN FRANCISCO, «Resolución alternativa de conflictos», *Cursos sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat de Valencia, Valencia, 1997, pág. 26.

XXI (...))». Se insiste desde la misma en que la mediación requiere de una metodología que, pese a hallarse cada vez más extendida, todavía se encuentra en fase incipiente en muchos ámbitos sociales y precisa de la creación y fomento de una cultura que facilite su desarrollo y, con ella, su utilización.

Si nada impide la utilización de la mediación en el ámbito civil, significativa es la labor que se ha desarrollado en el ámbito de la familia, probablemente por impulso de la Administración del Estado español, que está tratando de efectuarse tomando como modelo sistemas de su entorno¹⁶.

En España desde hace poco más de quince años, se vienen desarrollando iniciativas para fomentar y difundir la mediación, que han llevado a constituir programas de intervención y de formación en todo el territorio del Estado español. Esta evolución se puede apreciar en todas las Comunidades autónomas, por ejemplo: en la comunidad valenciana desde 1996 se puso en marcha un programa de mediación familiar vinculado con la Dirección General de Justicia, siendo que a principio del año 1998 se le denominó *Servei d'Orientació i Mediació Familiar*; el 1 de octubre de 1997 se puso en marcha el *Servei de Mediació i Reparació de Menors*, subvencionado por la Dirección General de Servicios Sociales, vigente hasta el mes de enero de 1998, siendo su objeto el ofrecer a los menores la posibilidad de reparar el daño cometido a sus víctimas, evitándoles, de este modo, la fiscalización judicial de su conducta; también se está desarrollando un Programa de Gestión de Conflictos en el ámbito escolar, en colaboración con algunos colegios públicos de Valencia. En gran medida toda esta labor ha sido canalizada a través de la *Associació d'Operadors Familiars i Socials* (AOFS), que fue creada en 1997 por un grupo de profesionales con el objeto de dar a conocer la mediación a la sociedad como el medio más adecuado en la gestión y en la solución de los conflictos.

En la mediación familiar se destacan elementos de componente personal que van a condicionar de manera intensa las actuaciones desempeñadas por el mediador, quien intentará velar siempre en beneficio de los hijos. Ello no quiere significar que sea representante de los intereses del menor, sino que su actuación, ante un conflicto familiar entre dos partes, ha de arrancar siempre del conato esencial de que la relación conyugal se rompe, empero la relación paterno-filial derivada de una relación, subsiste. En este sentido, se ha afirmado «(...) los acuerdos en materia de familia suelen ser de *tracto sucesivo*, esto es, se prolongan en el tiempo incluso durante años (...) por lo cual si la determinación, por ejemplo, de las visitas ha sido realizada de mutuo acuerdo y recíproco convencimiento de las partes, convenidas de la bondad del mismo, ello facilitará su cumplimiento voluntario, además de

¹⁶ Una actividad importante en este aspecto es la que llevan a cabo en los últimos años las Comunidades Autónomas. En este sentido, las Comunidades autónomas que más han puesto en marcha programas de mediación sean las de Cataluña y el País Vasco.

haberse evitado un procedimiento judicial contradictorio que, de ordinario, suele empeorar las relaciones interpersonales entre las partes (...)»¹⁷.

Una máxima central en el desarrollo de la mediación es no tratar de avenir a las partes tratando de evitar la separación o el divorcio, sino que se pretende ordenar cuantas relaciones, situaciones y condiciones han quedado como consecuencia de la relación familiar. En resumen, se pretende, con la ayuda de una persona neutral (mediador) que la pareja se siente, negocie, y trate de encontrar una solución de compromiso, en cuestiones que deriven de la relación familiar. Como señala PÉREZ MONTIEL¹⁸ «(...) se posibilita que los padres sigan actuado como tales, después de la separación, y que los hijos desarrollen una relación adecuada con ambos, pese a la ruptura de su relación como pareja conyugal. En definitiva, se trata de lograr que las partes entiendan que, si bien pueden concluir sus relaciones conyugales con el divorcio, no supone una ruptura absoluta de vínculos con la persona de la que está separado»¹⁹.

Una vez se han efectuado los trámites previos que llevan a la definición a las partes de qué es la mediación familiar, para qué sirve y el marco de actuación, la voluntariedad de las mismas es la que lleva a comprometerse con un procedimiento de mediación, que normalmente llevará aparejado la firma de un contrato en que las partes se comprometen a no utilizar la información vertida a lo largo de las sesiones que secuencien el procedimiento.

Las fases para la evolución y desarrollo de este procedimiento vienen a estar condicionadas por los principios teóricos de la mediación, si bien un esquema general es el que llevaría a que tras la delimitación del problema, se proceda a elegir al mediador, y comienza el período de recopilación de material e información, de manera que cada una de las partes expone su visión del problema, lo que ayuda a su definición. De este modo se determina cuáles son los problemas que ambos quieren solucionar y qué asuntos están dispuestos, de entre los que el conflicto comprende, a negociar a través de la mediación; ello llevará a que sean las mismas partes las que traten de ofrecer opciones de solución y, en su caso, exponer una crítica de las ofrecidas por la contraria.

Sólo desde la determinación del marco del conflicto, donde está, cuál es y qué es lo que se plantea para negociar, es posible emprender la negociación, dado que de esa manera es posible comprender los intereses de cada una de ellas y sus posiciones. Y el trámite final del procedimiento de mediación es la redacción del acuerdo.

¹⁷ MEJÍA GÓMEZ, JUAN FRANCISCO, *Resolución alternativa de conflictos*, op. cit., pág. 27.

¹⁸ PÉREZ MONTIEL, JORGE, «Mediación familiar», *Resolución alternativa de conflictos*, op. cit., pág. 208.

¹⁹ *Idem*.

En términos generales, se puede afirmar que la mediación en materia de Derecho de familia reporta una serie de ventajas tanto para los cónyuges²⁰, como para los hijos²¹ e incluso para la misma Administración de Justicia²².

Así las cosas, se nos presenta la mediación como un fenómeno de solución del conflicto que permite romper con la creencia de que ganar el proceso significa resolver el conflicto. En la respuesta de la mediación para resolver los conflictos de la familia, también han hecho sentir sus influencias las instituciones de la Unión Europea. En este sentido, la *Recomendación (98) I de la Comisión de Ministros de los Estados miembros sobre la mediación familiar* (adoptada por el consejo de Ministros el 21 de enero de 1988). En ella se recomienda a los Estados miembros:

- Instituir o promover la mediación familiar o, de darse el caso, reforzar la mediación familiar ya existente
- Tomar o reforzar todas aquellas medidas que ellos (los gobiernos de la Unión Europea) juzguen necesarias con la finalidad de asegurar la puesta en práctica de los principios siguientes para la promoción y utilización de la mediación familiar en tanto medio apropiado de resolución de conflictos-litigios familiares.

Los motivos dentro de los cuales se realiza esta recomendación se fundan en el aumento de litigios familiares y el coste social y económico elevado para los Estados; y la necesidad de proteger los intereses del niño y su bienestar, con los problemas que entraña la guarda y el derecho de visitas en supuestos de separación o divorcio; en el desarrollo de vías de reglamentar una solución amistosa de los litigios y del reconocimiento de la necesidad de reducir los conflictos en interés de todos los miembros; así como en las características de este tipo de litigios²³. Todas estas razones llevan a proponer y recomendar el uso de la mediación, dado que se entiende que:

- Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia
- Reducir los conflictos entre las partes de los litigios
- Dar lugar a reglamentaciones amistosas (acuerdos amistosos)

²⁰ Es un recurso voluntario, que responde a un sistema *adversarial*, más económico, breve, los acuerdos que se adoptan suelen ser más duraderos, comporta una *auto solución*, con menor enfrentamiento personal, lo lleva a una menor hostilidad en la antigua pareja.

²¹ La ausencia de hostilidad comporta un menor daño afectivo y patrimonial a los hijos, ausencia de culpa, de confusión o miedo, y facilita el derecho de los hijos a criarse con el padre y la madre.

²² Reducción de las demandas, no utilización de las dependencias del tribunal para debatir los conflictos, entre otras.

²³ El hecho de que los litigios familiares implican a personas que, por definición, están acostumbradas a tener relaciones interdependientes y que van a perdurar a lo largo del tiempo; el hecho de que los litigios familiares surjan en un contexto emocional negativo exacerba; el hecho de que la separación y el divorcio tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, en especial los niños.

- Asegurar el mantenimiento de relaciones personales entre los padres y los niños
- Reducir los costos económicos y sociales de la separación y del divorcio para las mismas partes y para el Estado
- Reducir el tiempo para la resolución de los mismos

Para el éxito de la mediación se establece asimismo una serie de principios sobre mediación familiar, que comportan la delimitación del ámbito de aplicación de la mediación; la organización de la mediación, incidiendo en su voluntariedad, los procesos de mediación, fijando las notas que caracterizan al mediador, así como la fijación de unas condiciones para llevar a cabo su función de mediador; el estatuto de los acuerdos de mediación, fortaleciéndose los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a la legislación nacional; la relación entre mediación-proceso judiciales, proclamándose ante todo la necesidad de autonomía de aquélla frente a éstos; la promoción y el acceso a la mediación, mediante la configuración de programas, medidas necesarias para permitir a las partes el acceso a la mediación familiar, etc.; sin olvidar la configuración de unos principios o máximas que afecten a las cuestiones internacionales que puedan provocar como consecuencia de situaciones en las que los cónyuges viven o pueden vivir en Estados diferentes.

Pese a todo lo señalado, si bien en materia de familia es el ámbito que se ha desarrollado la mediación en España, puede ser, sin embargo, utilizada en diversos contextos, de manera que puede hablarse de la mediación que se realiza en materia de consumo, incluyendo aquí todos los ámbitos reducibles al arbitraje de consumo, de tal modo que se está procurando que los integrantes del colegio arbitral de consumo, en muchas ocasiones y sobre todo dependiendo de las juntas arbitrales de que se trate, puedan ejercer labores mediadoras que permitan alcanzar el acuerdo sin tener que desarrollar todo el proceso arbitral. Asimismo, podría servir a los efectos de resolver cuantas cuestiones puedan plantearse en lo que puede denominarse como el sector vecinal (daños a la propiedad, deudas en comunidades de vecinos, etc.).

La gran bondad que subyace debajo del procedimiento de mediación es que son las partes las protagonistas de la solución, lo que hace que se crean lo convenido y con ello que cumplan «por convicción y no por coacción»²⁴.

²⁴ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial», *Iuris*, 1995, págs. 136 y ss.

4.- Conciliación

4.1.- Aspectos generales

Por conciliación entendemos, en términos generales, la actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses, dirigida a lograr una composición justa del mismo. Al decir del autor español GUASP²⁵ el nombre deriva no del resultado concreto que se obtenga, no del *estatus termini* obtenido, sino del conjunto de los esfuerzos que ponen en práctica para lograr la pacificación.

Esta actividad puede desarrollarse tanto ante un particular como ante un órgano público, pero el sistema jurídico no puede descender a regular la conciliación entre personas privadas, debiendo limitarse a prever la actividad conciliadora como puede o debe realizarse ante órganos de carácter público.

La existencia de actividades conciliadoras en el ámbito familiar, o basadas en la amistad no pueden ser reguladas por la ley. Tampoco lo son los esfuerzos pacificadores que deben inspirar el correcto ejercicio de la profesión de abogado. Así las cosas, la ley sólo puede regular la actividad de los órganos públicos.

Por tanto, en sentido estricto, debemos entender por conciliación la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido.

4.2.- Clases de conciliación

Dejando de lado la conciliación entre privados y refiriéndonos sólo a la conciliación ante órganos públicos, hay que constatar que el ordenamiento puede confiar esta actividad tanto a órganos judiciales como no judiciales. Las dos posibilidades existen en Derecho comparado.

En cuanto a las conciliaciones judiciales, nuestro estudio sólo se centrará en las reguladas en la legislación civil (con exclusión del Derecho de familia). Así las cosas, dentro de este grupo uno puede distinguir dos subtipos de conciliación: la *preventiva o preprocesal* y la *intraprocesal*.

²⁵ GUASP, JAIME, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (tomo II), Madrid, 1945, pág. 9.

4.3.- Naturaleza de la conciliación

En la inmensa mayoría de las ocasiones, la regla y el mandato que integran la norma jurídica son suficientes por sí mismas para el pacífico desarrollo de la vida jurídica. Principio básico del ordenamiento jurídico, es decir, la convivencia entre los hombres, recogido por ello en las Constituciones, es el de obediencia a la norma jurídica. Estas normas, que delimitan los derechos subjetivos y las obligaciones de los sometidos a ellas, son normalmente obedecidas.

Con todo, aun partiendo de la existencia del derecho objetivo, pueden surgir conflictos de intereses, tanto porque el sujeto obligado se resiste a subordinar su interés al interés ajeno, es decir, por incumplimiento de la norma, como por su desconocimiento o disparidad en su interpretación. Aparece así el conflicto ínter subjetivo de intereses jurídicos, que es preciso resolver de una manera también jurídica, por cuanto su persistencia tiende a deteriorar la convivencia en la sociedad en que ha nacido²⁶. En general son tres los medios para solucionarlos.

El primero de ellos es la autodefensa, que se caracteriza porque al menos uno de los sujetos en conflicto intenta resolverlo por la acción directa, por medio de la violencia; en otras palabras, es tomarse la justicia por propia mano. Este medio se encuentra prohibido por los ordenamientos jurídicos, llegando a ser incluso castigado a través del Derecho penal. Con todo, es posible encontrar algunas manifestaciones de ella como la legítima defensa en el campo punitivo, entre otras²⁷.

El segundo de los medios de solución de los conflictos es la *auto composición*. En ella el conflicto se resuelve por obra de los propios contendientes. La doctrina, fundamentalmente ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO²⁸, distingue aquellos casos en que la composición se logra mediante concesiones mutuas (bilaterales), donde incluye la *transacción*, de aquellos otros donde las concesiones provienen de una sola de ellas (unilateral) que encuadra el desistimiento y el allanamiento. Pero la *auto composición* no implica por sí la no intervención de un tercero; los terceros pueden intervenir en ella, aunque la composición es siempre obra de las partes, no de dichos terceros, los cuales en el mejor de los casos se limitan a proponer una solución que las partes pueden o no aceptar. Los terceros no están *supra partes*, sino *inter partes*.

²⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, «Evolución histórica del concepto de acción», *Estudios de Derecho Procesal, Labor*, 1969, *passim*.

²⁷ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, op. cit., pág. 25.

²⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, *Proceso, auto composición y autodefensa*, UNAM, México, 1970, pág. 80.

El tercero y último medio es la *heterocomposición*. Aquí el conflicto es solucionado por un tercero que impone una decisión a las partes. El conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra de un tercero, a cuya decisión quedan aquéllas obligadas jurídicamente. El tercero está aquí *supra partes*. Las formas de la *heterocomposición* son dos: arbitraje y proceso.

La conciliación se incardina, dentro de la *auto composición*, y entendida como *status termini* en el que se ha logrado la avenencia de los interesados, se resuelve en una de las tres formas de ésta: desistimiento, allanamiento y transacción. Cuando la conciliación no logra la avenencia, no soluciona el conflicto, no alcanza su objetivo, es simplemente una actividad que tiende a la *auto composición* sin lograrla.

En los casos en que interviene un tercero en la *auto composición* debemos distinguir entre mediación y conciliación. En el primer caso el tercero no sólo intenta acercar a las partes, sino que asume la dirección de las negociaciones haciendo proposiciones de solución que las partes aceptan o no, mientras que el conciliador se limita a aproximar a las partes, pero sin proponer solución correcta del conflicto. Además, como CARNELUTTI²⁹, debemos entender que la finalidad de las dos instituciones es distinta, pues la mediación persigue una solución contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la solución justa.

Como se dijo en otra parte, el sistema procesal sólo regula la actividad conciliadora cuando ésta puede o debe realizarse ante órganos de carácter público. Estos órganos pueden ser tanto judiciales como no judiciales.

La naturaleza jurídica de la conciliación no necesita mayores precisiones cuando se celebra ante órganos judiciales, pero cuando se confía a un órgano es preciso puntualizar y entender con HERCE QUEMADA³⁰ que ha de tratarse de un proceso o de un acto de jurisdicción voluntaria, pues «(...) no cabe mantener una tercera posición frente a las propuestas expresadas».

En la doctrina procesal clásica española GUASP³¹, le atribuye naturaleza procesal a la conciliación. Para este autor se trata de un proceso de cognición especial por razones jurídico procesales y de eliminación, «(...) porque en él se reclama del órgano judicial una intervención judicial auténtica». «Ciertamente el juez no se pronuncia sobre el fondo de la materia que en el proceso de conciliación se debate, ya que lo que se pide de él es simplemente la obra pacificadora o avenidora que promueve el demandante, frente al sujeto pasivo o demandado. Pero el hecho de que no se pida tanto una

²⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema del diritto processuale civile* (I), Cedam, Padua, 1936, pág. 59.

³⁰ HERCE QUEMADA, VICENTE, «La conciliación como medio para evitar el proceso», *Revista de Derecho Procesal*, 1968, pág. 59.

³¹ GUASP, JAIME, *Derecho procesal civil* (II), Madrid, 1968, pág. 574.; y, ID, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., págs. 11 y sig.

resolución concreta como una intermediación entre litigantes, lo que deja un poco en la sombra la figura de la decisión en esta clase de procesos, no permite desconocer que aquí hay una verdadera reclamación entre partes y ante el juez que no tiene por qué no merecer el nombre de satisfacción procesal»³².

Con todo, la naturaleza procesal de la conciliación entraría en contradicción con el propio concepto del proceso que defiende GUASP. Efectivamente, éste es definido como «(...) instrumento de satisfacción de pretensiones», entendiéndose por pretensión la «reclamación fundamentalmente dirigida por un miembro de la comunidad frente a otro ante el órgano público especialmente instruido para satisfacerla». La satisfacción supone «recoger, examinar y decidir por el poder público su queja actuándola o denegando su actuación, según aparezca o no fundada». En esta satisfacción de pretensiones intervienen tres sujetos: el actor, que formula la pretensión; el demandado, frente a quien se pretende, y el juez, órgano jurídico que ha de satisfacer la pretensión, dotado de fuerza para imponer coactivamente su decisión y que aparece en realidad como destinatario de la reclamación del actor³³.

En la conciliación falta, aparte de otros elementos, el elemento más importante definidor del proceso: la decisión del juez que satisface coactivamente la pretensión. Por muchos esfuerzos aproximativos que se hagan no podrá saltar esta barrera.

Si la conciliación no es pues actividad procesal, hay que encuadrarla en el campo de la jurisdicción voluntaria. Así las cosas, si aceptamos la definición de WACH³⁴, la jurisdicción voluntaria es una actividad del poder estatal con finalidades constitutivas de creación, desenvolvimiento y modificación de relaciones o estados jurídicos, en la que se incluyen actos judiciales, notariales y registrales. Sus posibles negocios se clasifican en cuatro grandes categorías: formación de sujetos jurídicos, integración de la capacidad jurídica, formación, documentación y publicidad de estado de las personas y seguridad del comercio jurídico. Esta noción fue completada posteriormente por CHIOVENDA³⁵ quien añadió una quinta categoría, la conciliación, es decir, la actividad que el Estado realiza para prevenir los conflictos aviniendo a las partes. Efectivamente, «(...) considerando la importancia de esta función, el Estado se la ha reservado para sí, porque tanto mayor será la probabilidad de que la conciliación se logre cuanto mayor sea la autoridad de la persona que la intenta»³⁶.

³² *Idem*.

³³ GUASP, JAIME, *Derecho procesal civil*, op. cit., pág. 574.

³⁴ WACH, ADOLF, *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts* (I), Leipzig, 1885, págs. 47 y ss.

³⁵ CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Jovene Ed., Napoli, 1923, págs. 22 y ss.

4.4.- Origen de la conciliación en el Derecho español

La investigación se centró en el desarrollo histórico español, en atención a la influencia que la legislación de aquel Estado tuvo en nuestra codificación. Pero el estudio también se ciñó a la conciliación judicial preventiva. Así las cosas, se puede afirmar que su origen se encuentra en los textos reguladores del proceso mercantil ante los consulados³⁷. Con carácter voluntario y para realizarse ante los mismos jueces que después, en su caso, debían conocer del proceso, la conciliación aparece por primera vez en las ordenanzas de Burgos y Sevilla del siglo XVI. En la Ordenanza de Bilbao de 1737 se inicia la tendencia hacia la obligatoriedad, que se consuma definitivamente en la de Burgos de 1766. Con anterioridad, pues, a la Constitución de 1812, la conciliación estaba totalmente desarrollada en el proceso mercantil; era obligatoria, no quedaba exceptuado de la misma juicio alguno y se realizaba ante el mismo juez que tenía competencia para conocer del proceso.

A pesar de lo que por una parte importante de la doctrina se ha estimado, las Cortes de Cádiz y su Constitución no introdujeron la institución en España, pero es cierto que la generalizaron, estableciéndola como actividad previa de carácter necesario para todo tipo de juicio (incluso penales). La Constitución regulaba el «juicio de conciliación» disponiendo que «sin hacer constar que ha intentado el medio de conciliación, no se entablará pleito alguno (art. 284), que se refiera a negocios civiles o causas por injurias; se confería competencia para conocer de la conciliación a los alcaldes constitucionales de los pueblos (art. 282), ante los cuales debían comparecer las partes acompañadas por dos hombres buenos, nombrados uno por cada una de ellas; el alcalde, después de oír las razones del demandante y demandado y el dictamen de los hombres buenos, dictaba la «providencia que le parezca más propia para el fin de terminar el litigio sin más progresos, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial» (art. 283). Desarrollaron la Constitución el Decreto de 9 de octubre de 1812 (Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia) y la Ley de 18 de mayo de 1821.

La regulación posterior se encuentra en multitud de disposiciones de las que enumeraremos sólo aquellas que llegaron a influir en nuestro legislador histórico. Así encontramos el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (donde el llamado *juicio de conciliación* pasó a ser correctamente *acto de conciliación*), la Ley de Organización del Poder Judicial de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

³⁷ Para un estudio histórico ver ampliamente: MONTERO AROCA, JUAN, «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 147 y ss.

4.5.- Conciliación en el Derecho español

En Derecho español podemos distinguir dos tipos de conciliación judicial: La *preprocesal* y la *intraprocesal*. La primera, se encuentra regulada en los artículos 460 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, junto con el artículo 11, se mantienen vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción voluntaria (disposición derogatoria única 1.2 LEC 2000³⁸)³⁹.

La conciliación *preprocesal* se dirige a evitar el proceso y consiste en un intento de resolver un conflicto jurídico de intereses entre los implicados en él, por medio de un acuerdo y en presencia de un juez, el cual no actúa jurisdiccionalmente, pues la función que cumple es la de intentar aproximar las posturas de las partes⁴⁰.

En la actualidad tiene carácter voluntario, pues el futuro demandante no resulta obligado a intentar la conciliación antes de presentar la demanda, sino que tan sólo se le otorga la facultad de hacerlo (art. 60 LEC 1881)

No obstante, por razones de distinta índole, la ley prohíbe al actor el intento de conciliación en los supuestos mencionados en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, determinando el incumplimiento de esta prohibición la inadmisión a trámite de la solicitud de conciliación. Las hipótesis son:

1. Los juicios en que esté interesada una Administración, Corporación o Institución Pública
2. Los juicios en que estén interesados los menores e incapacitados para la libre administración de sus bienes
3. Los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados
4. En general, todos los que versen sobre materias no susceptibles de transacción o compromiso

En cuanto a la competencia, el acto de conciliación debe intentarse ante el juzgado de primera instancia o de Paz (competencia absoluta) del lugar en el que el demandado tenga su domicilio o, en su defecto, residencia (competencia relativa), en los términos establecidos en el artículo 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; y sin que pueda ser cuestionada la competencia, so pena de tener por intentado sin acuerdo la conciliación (art. 464 LEC 1881).

³⁸ Disposiciones Derogatoria: 1. Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: (...)2.ª El Título I del Libro segundo, así como el artículo 11, sobre la conciliación y la Sección segunda del Título IX del Libro segundo, sobre declaración de herederos abintestato, que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

³⁹ En la actualidad existe un proyecto de ley que modifica la jurisdicción voluntaria (ver: <http://www.justicia.es>)

⁴⁰ MONTERO AROCA, JUAN y otros, *Derecho jurisdiccional. Proceso civil.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 145 y ss.

El procedimiento es sencillo. El futuro demandante presentará una papeleta en la que hará constar los datos personales del «demandante» y «demandado», fecha, firma del «demandante», y lo que éste pretende (art. 465 LEC 1881), sin que resulte obligatoria la intervención de abogado y procurador (art. 4.1.1, 10.2.1 y 11 LEC 1881).

En el mismo día de presentación de la papeleta o en el día siguiente hábil, si es admitida, el juez citará a las partes a una comparecencia, señalando día y hora; sin que entre citación y la comparecencia pueda mediar menos de veinticuatro horas, ni menos de ocho días (art. 466 LEC 1881).

En la comparecencia, el demandante y el demandado expondrán sus alegaciones y los documentos que las fundamenten, y el juez intentará avenir a ambas partes (art. 471 LEC 1881), extendiéndose en un acta el resultado de la comparecencia (art. 472 LEC 1881).

Los efectos de la conciliación se encuentran en relación directa a si se logra o no el acuerdo perseguido:

a) *Terminación sin acuerdo.*

Tanto si las partes (o alguna de ellas) no acuden a la comparecencia, como si, compareciendo, no hubiera avenencia, se dará al acto por intentado o terminado sin efecto (art. 469 y 471 LEC 1881). Esto no significa que carezca de efecto alguno. Por una parte, porque la presentación de la papeleta interrumpe la prescripción desde el momento de su presentación, si después es admitida (art. 479 LEC 1881).

Por otra parte, por la incidencia que el haber intentado la conciliación tiene sobre una eventual condena en costas en el proceso que después se inicie. Se debe tener presente que, con carácter general, no procede imposición de costas si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, salvo que el tribunal aprecie mala fe en aquél (art. 395 LEC 2000). Pues bien, esa mala fe del demandado puede considerarse concurrente si el demandado intentó la conciliación y no alcanzó acuerdo con el futuro demandado, y, si una vez presentada la demanda, el demandado, cambiando de actitud, se allana antes de contestar. Lo que demuestra que el demandado ha forzado la presentación de la demanda que él acepta y considera debidamente fundada.

A juicio de un sector importante de la doctrina, ésta es la justificación que subyace en la norma establecida en el párrafo segundo del artículo 395.1 de la LEC 2000 al estimar concurrente la mala fe del demandado en este supuesto. Conforme al mismo: «(..) se entenderá que, en todo caso, existe mala fe si antes de presentada la demanda se

hubiere formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación».

b) *Terminación con acuerdo.*

Por el contrario, si ambas partes comparecen y llegan a un acuerdo, la certificación del convenio obtenido produce efectos de diversa intensidad, según lo convenido entre o no dentro del ámbito de competencia del juez que conoció de la conciliación. Si lo convenido entra dentro de competencia, la certificación del acuerdo es título ejecutivo que se llevará a efecto por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias (arts. 476.1 LEC 1881 y 517.2.9 LEC 2000). Mientras que si queda fuera, al acuerdo se le atribuye el valor de documento público solemne (art. 476.1 LEC 1881), que podrá ser utilizado como medio de prueba en un posterior proceso declarativo.

No obstante, según el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, contra el acuerdo obtenido en el acto de conciliación puede ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, dentro de los quince días siguientes a su celebración, mediante el proceso declarativo ordinario que corresponda.

Con todo, una parte importante de la doctrina española⁴¹ considera, por una parte, que la nulidad mencionada comprende tanto los casos de nulidad, como los de anulabilidad y rescisión; y por otra, que ese breve plazo de caducidad sólo es de aplicación cuando la impugnación se funde en el incumplimiento de las normas procesales reguladoras de la conciliación, mientras que cuando se basa en razones de fondo será de aplicación los plazos fijados por el Código Civil.

En cuanto a la conciliación *intraprocesal*, aquí el acuerdo que se intenta conseguir a través de la conciliación judicial se obtiene una vez iniciado el proceso. Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) contempla en el artículo 415 la posibilidad de que las partes manifiesten en la audiencia previa del juicio ordinario⁴² que han llegado a un acuerdo o que se muestran conformes en concluirlo de inmediato, y equipara el régimen jurídico del acuerdo obtenido como consecuencia de una conciliación o de una transacción⁴³.

⁴¹ MONTERO AROCA, JUAN y otros, *Derecho jurisdiccional. Proceso civil.*, op. cit. 223 y ss., págs.; y MORENO CATENA, VÍCTOR y otros, *Derecho procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 200 y ss.

⁴² Un análisis completo de la institución se puede encontrar en: FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas*, Civitas, Madrid, 2000; y BANACLOCHE PALAO, JULIO; GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO; GUTIÉRREZ BRILINACHES, ÁLVARO; y VALLINES GANCÍA, ENRIQUE, *El tratamiento de la cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2005.

⁴³ Desde una óptica procesal, el único libro escrito sobre la transacción en España es: PELÁEZ, FRANCISCO, *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1987. Desde la doctrina civil, vale la pena revisar: TAMAYO HAYA, SILVIA, *El*

Es decir, abierta la audiencia previa, debe atenderse a la primera finalidad de la misma, a saber: la de evitar la continuación del proceso por medio del acuerdo entre las partes que lo deje sin objeto. Esta finalidad se puede lograr de dos maneras⁴⁴:

a) *Acuerdo previo*

Comprobado si el litigio subsiste en el inicio de la audiencia, pues es posible que las partes hayan llegado a un acuerdo extrajudicial, con lo que el proceso carece de sentido al haber perdido su objeto. Constatándose que existe acuerdo extrajudicial, el proceso puede terminar de dos formas:

- Por desistimiento del actor que es admitido por el demandado, con lo que el proceso termina por medio de la disposición del proceso mismo; se trata del desistimiento del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000), aunque tanto la voluntad del actor como la del demandado se manifiesta de modo oral, debiendo el tribunal dictar también resolución oral, que se documentará en el acta; esta resolución equivaldrá al auto de sobreseimiento a la que se refiere el artículo 20.3 II del mismo cuerpo legal.

- Por la homologación judicial del acuerdo, tratándose de una transacción, inicialmente extrajudicial que, a pesar de no haberse realizado en presencia del juez, puede ser homologada. En el acta habrá de constar que las partes han llegado a una transacción, con los términos de la misma, antes de la audiencia previa y la resolución oral poniendo fin a ésta, y el tribunal deberá dictar a continuación un auto homologando la transacción⁴⁵.

b) *Conciliación*

Intentado que las partes lleguen a un acuerdo en la audiencia misma, tratándose de una conciliación *intraprocesal* que puede acabar o no en avenencia, es decir, en transacción judicial que será homologada por el tribunal⁴⁶. Así las cosas, lo específico de esta conciliación *intraprocesal* es:

⁴⁴ ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 606 y ss.

⁴⁵ La transacción se regula en el artículo 1809 del Código Civil español, de acuerdo al cual es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evita la provocación de un pleito (*extraprocesal*) o pone término al que ha comenzado (*procesal*); cuando la transacción incide sobre el proceso pendiente poniéndole fin puede ser extrajudicial (la que las partes realizan fuera de la presencia judicial). En caso del artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento civil (2000) estamos ante una transacción extrajudicial que, sin embargo, acaba siendo homologada judicialmente, con lo que surte los efectos de la transacción judicial.

⁴⁶ Se debe tener presente que, la conciliación en general como actividad que puede realizarse para lograr solucionar el conflicto entre las partes, distinguiendo entre la *preventiva* o *preprocesal* e *intraprocesal*.

- Antes de intentar la conciliación el tribunal debe examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y de poder de disposición de las partes o de sus representantes⁴⁷.

- La Ley no regula la forma en que debe realizarse el intento de conciliación, y realmente no precisaba hacerlo, pues se trata de una parte de un acto oral que no requiere desarrollo formal. Por otro lado, al tratarse de una conciliación en sentido estricto, no de una mediación, el tribunal debe limitarse a facilitar el acuerdo entre las partes, pero son éstas las que han de poner fin al litigio, sin que aquél pueda formular propuestas de arreglo para que las partes la acepten o las rechacen. Dado que es el mismo tribunal el que está conociendo del proceso y el que intenta la conciliación, al no poder hacer propuestas de arreglo no existe el riesgo de que el tribunal prejuzgue la cuestión y de que fuerce la voluntad de las partes.

- Si las partes llegan a un acuerdo, el tribunal procederá a la homologación del mismo. La homologación debe realizarse por una resolución judicial que debe ser auto dictado al terminar la audiencia. Esta acabará por resolución oral que se documentará en el acta, pero la homologación requiere auto, el cual es el título ejecutivo⁴⁸.

- El acuerdo homologado es una transacción judicial que surtirá los efectos de ésta, y por ello ha de admitirse la impugnación de la misma por las causas y en la forma prevista para la transacción judicial, lo que supone una remisión a los artículos 1816 al 1819 del Código Civil español⁴⁹.

Si las partes no se mostraron dispuestas para el intento de conciliación o si intentada ésta no se llegó a un acuerdo, la audiencia previa continuará con la finalidad siguiente. Nada impide que se logre una avenencia parcial, continuando la audiencia y el proceso para aquello en lo que no hay acuerdo.

⁴⁷ Como la conciliación puede terminar con avenencia, que es realmente un contrato de transacción, el tribunal debe comprobar antes de intentarla que: 1) el objeto del proceso es disponible, pues si no lo es no puede intentar la conciliación, y 2) las partes o sus representantes tienen capacidad y poder de disposición, debiendo recordar que si el procurador de una parte (que no ha comparecido personalmente) no tiene poder para transigir se entenderá que se ha producido la incomparecencia.

⁴⁸ El artículo 415.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) señala que lo que se llevará a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias o convenios judicialmente aprobados es el acuerdo homologado judicialmente, pero el artículo 517.1 3º, otorga fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales que aprueba o homologan transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, con lo que es dudoso qué tipo de resolución debe dictar el tribunal para efectuar la homologación, pues podría ser una resolución oral, documentada en el acta, o un auto.

⁴⁹ A pesar del tenor literal del artículo 1816 del Código Civil la transacción judicial no surte los efectos propios de la cosa juzgada, se entiende material, porque en ella no se decide por el tribunal el conflicto existente entre las partes. Una cosa es que el auto que aprueba la transacción sea el título ejecutivo y otra que produzca cosa juzgada. La mejor demostración de ello es que la impugnación de la transacción no se hace por medio del *juicio* de revisión, sino por el proceso ordinario y por las causas que invalidan los contratos.

SISTEMA PROCESAL CIVIL ANGLOSAJÓN

1.- Aspectos generales

En este tema es siempre necesario citar a los sistemas anglosajones en la búsqueda de cauces alternativos al Poder Judicial, que pueden ser no procesales ni jurisdiccionales, procesales pero no jurisdiccionales y judiciales pero no procesales, que sirvan a la obtención de una solución al conflicto.

En esa dirección debemos hacer mención de una línea de pensamiento jurídico que comienza desde la década de los años treinta del siglo pasado hasta nuestros días, caracterizada por una vuelta hacia el realismo jurídico. Todo este pensamiento encontró como fuente de divulgación, la corriente de pensamiento denominada *Critical Legal Studies*, cuya sede se encontraba en la UNIVERSIDAD DE HARVARD. Este movimiento va a ser el germen de numerosas actuaciones de quienes intentan luchar contra el sistema jurídico existente, básicamente en los países anglosajones y fundamentalmente en una respuesta negativa frente a todo tipo de normativismo.

El mismo devenir económico e histórico del país del norte trajo consigo un aumento de litigiosidad, además de una complejización de las materias que se le presentaban a los tribunales, así como una tendencia legislativa federal hacia la regulación de cuanto implique protección de los derechos civiles. En este sentido vale la pena tener presente el gran volumen de causas derivadas del Derecho de daños (*Tort Law*), lo que sugiere que la naturaleza de los litigios ha mutado, ya no son sólo conflictos entre privados sobre la propiedad, sino cuestiones mucho más complejas.

Todo lo anterior, unido al gasto que conlleva la existencia de un sistema procesal y los retrasos en la resolución de los conflictos por los tribunales, ha provocado movimientos reaccionarios contra este sistema. De ahí que, como apuntábamos anteriormente, el movimiento de los *Critical Legal Studies* se ha tratado de vincular al movimiento en favor de los *Alternatives Dispute Resolution (ADR)*, es decir «(...) mecanismos que intentan resolver disputas principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales»⁵⁰.

⁵⁰ CAPPELLETTI, MAURO, «Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World – Wide Access to Justice Movement», *Modern Law Review*, 1993, pág. 282.

Una definición igual o más amplia es la que otorga el Código Estadounidense⁵¹, en donde los ADR se definen como «cualquier procedimiento usado para resolver asuntos de una controversia incluyendo, pero no limitándose a, la conciliación, facilitación, mediación, descubrimiento de hechos, mini juicio, arbitraje, uso de defensores, o cualquier combinación de éstos».

La aparición de los ADR se produce hace casi cuarenta años como consecuencia de otro movimiento típicamente anglosajón, que viene a denominarse *movimiento de libre acceso a la justicia*, que pretendía que todos tengan la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que éste sea, en virtud del cual se consiga efectivamente una solución a la controversia o conflicto planteado. Ese movimiento se va a dirigir a la búsqueda de alternativas a los tribunales, que en todo caso distan mucho de ser novedosas.

En resumen, esta explosión por el estudio de los ADR en los últimos años se debe básicamente a tres causas⁵²:

a) El colapso que se ha producido ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales, tanto por el exceso de causas, como por el costo y la demora que éstas implican. Por lo tanto, un primer objetivo del movimiento de los ADR será mitigar esta congestión de los tribunales.

b) El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre los particulares. En este aspecto, los ADR presentan la oportunidad de incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos.

c) La incapacidad intrínseca del sistema procesal de poder asegurar a todos el acceso a la justicia.

En los Estados Unidos de América el volumen de la bibliografía es, por decir lo menos, inabarcable. Además, desde hace tiempo en la doctrina se han escuchado voces disidentes frente al avance de los ADR, en este sentido puede citarse a FISS⁵³, quien tilda de *trivialization* a las fórmulas de ADR frente al proceso adversarial y las considera un desprestigio de la función social que se desempeña a través de los órganos jurisdiccionales, estimando que el ejercicio del poder que comporta la función jurisdiccional es el instrumento necesario para mantener la balanza del poder político en la sociedad americana, como garantía de las libertades civiles y de los derechos políticos. Así las cosas, el autor identifica a los ADR en el ámbito del Derecho Civil al *plea bargaining* en

⁵¹ Ver Código Estadounidense, Título quinto, Capítulo quinto, *Medios Alternativos de Resolución de Disputas en el Proceso Administrativo*, definiciones.

⁵² TWINING, W., «Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics», *Modern Law Review*, 1993, pág. 380.

⁵³ FISS, OWEN, «Against Settlement», 93 *Yale LJ.*, 1984, pág. 1073.

el ámbito penal. Pero, también existen autores partidarios de los mismos. Éste es el caso de CARBONNEAU⁵⁴, quien manifiesta las bondades de los ADR: la posibilidad de práctica, eficacia y economía; de modo que parece ser la respuesta adecuada frente al volumen de trabajo de los tribunales de justicia, de ahí que considere el litigio ante los tribunales como «(..) Contraproducente en la mayoría de los casos»⁵⁵.

Con todo, la disputa doctrinal quedó, con el paso del tiempo, superada por los hechos. Así, en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos, y un creciente número de Escuelas empresariales, de planificación y de políticas públicas, se incluyen cursos de resolución alternativa de conflictos en sus programas de estudios. En gran medida esto es el resultado de una búsqueda de formación e incluso, en algunos casos, profesionalización exigida a quienes toman parte, en la dirección de estos cauces de solución de conflicto. Tal es así que, como apunta SINGER⁵⁶, «(..) las editoriales jurídicas incluyen la ADR en sus publicaciones sobre enjuiciamiento civil, contratos, agravios y Derecho de familia».

Debe tenerse presente que en un principio el significado de los ADR venía configurado más restrictivamente que en la actualidad, de manera que fue en la década de los ochenta cuando se produjo un cambio en la concepción de este movimiento; la nota esencial que le había caracterizado (la voluntad) dejó de ser tal para convertirse en parte del propio sistema judicial, de manera que se incluye en dicho término procedimientos *intrajudiciales* en el mismo sistema legal existente, dejando de ser alternativas al sistema público operante y abarcando técnicas o métodos que, surgidos desde los sectores puramente privados, se han incorporado a las instituciones públicas, a los mismos tribunales, como parte integrante del sistema⁵⁷.

En realidad este movimiento presenta, al menos, tres fases⁵⁸: una primera, en la década de los sesenta, que se caracterizó por buscar, mecanismos de consenso, verdaderas alternativas, fundamentalmente centradas en los litigios entre vecinos; la segunda, en la década de los setenta, se caracterizó por la llamada crisis del ejercicio de las prácticas médicas, tratando de buscar soluciones que eliminaran las barreras de los costes del mal funcionamiento de seguros; y por último, la tercera fase, desde finales de los años ochenta hasta nuestros días, supone la amplia inclusión de alternativas sobre cualquier conflicto, sea cual fuere su naturaleza⁵⁹.

⁵⁴ CARBONNEAU, THOMAS, *Alternative Dispute Resolution. Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, 1989, pág. 246.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ SINGER, LR. *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresariales, familiar y legales*, Piados, Buenos Aires, págs. 22 y 23.

⁵⁷ KATZ, LV., «Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two-headed monster or two side of the coin? *Journal of Dispute Resolution*, 1993, pág. 1.

⁵⁸ Para un completo análisis de la perspectiva histórica ver: BARRETT, JEROME y BARRETT, JOSEPH, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, Jossey-Bass, New York, 2004, *passim*.

⁵⁹ BARRETT, JEROME y BARRETT, JOSEPH, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, op. cit., págs. 24 y ss.

Por ello se trata de una aparición de métodos, tanto dentro como fuera de los tribunales, tendientes a alcanzar una solución de los conflictos que se suscitan entre las empresas y las comunidades, entre particulares, y crecientemente, entre organismos públicos y particulares. Si bien se trata de medios o mecanismos diversos tanto en cuanto a sus procedimientos, como en cuanto a los sujetos que intervienen, como también en cuanto a la expansión y efectividad que a través de ellos alcanza y la virtualidad de la solución al conflicto planteado, tienen en común una serie de características, que son:

1. Todos intentan mantener una posición intermedia entre dos polos existentes, a saber: mantener una actitud pasiva sin hacer nada o permitir una situación de escalada del conflicto planteado
2. Se trata de vías menos formales que el proceso judicial y que en la mayoría de los supuestos se asienta en una concepción privatista e individualizada del conflicto planteado
3. Implica una mayor participación de la misma configuración y desarrollo del método utilizado para alcanzar la solución, de manera que los interesados tienen la sensación de tomar parte en la solución del conflicto, lo que les obliga más a aceptar el resultado alcanzado a través de esta vía.

Si bien en sus comienzos se trataba de unos medios aplicables al sector privado del ordenamiento jurídico, en el que la disponibilidad por los litigantes es más defendible, lo cierto es que cada vez más se está empleando a otros sectores que, más allá del derecho privado, van a encontrar una solución a sus conflictos en estos caminos.

Efectivamente, en la historia comercial norteamericana se encuentran referencias a estos métodos: «(..) la asociaciones comerciales de determinados sectores industriales, como el marítimo, el mercado de valores, las pieles y la seda, cuyas empresas han tenido que tratar regularmente entre sí, establecieron ya hace tiempo sus propios canales privados de resolución de diferencias. El arbitraje comercial nació en 1768, cuando la Cámara de Comercio de New York creó su propia vía de resolución de controversias, basadas en los usos comerciales que en los principios legales»⁶⁰.

Lo más destacado en la evolución del movimiento de los ADR es que, comenzando en los términos antes señalados, fue en el ámbito del Derecho del Trabajo donde su desarrollo ha alcanzado unos niveles superiores, de manera que ya en épocas más recientes los sindicatos de obreros fueron poco a poco desarrollando un sistema completo de resolución de conflictos laborales, en gran medida por las sentadas invasiones contra la propiedad, huelgas, etc. De manera que ya desde la década de los años treinta y principio

⁶⁰ SINGER, LR, *Resolución de conflictos*, op. cit., pág. 17.

de los cuarenta algunos Estados federales y algunas ciudades comenzaron a poner en marcha un programa de mediación, promovido para resolver los conflictos entre la patronal y los trabajadores, que derivó en la creación durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial de la *War Labor Board*, y con la utilización de un arbitraje obligatorio, desencadenando en 1947 en la creación de una oficina independiente para la resolución de conflictos laborales denominado Instituto Federal de Mediación y Conciliación.

El paso siguiente fue en el campo penitenciario, dado que, arrancando de las soluciones a los conflictos que deparaba el ámbito empresarial y laboral, trató de albergarse una solución a los conflictos entre presos e instituciones penitenciarias por medio de la mediación y el arbitraje; y a ello le siguió la aparición del primer *centro de justicia vecinal*, en el que voluntarios de la comunidad ayudaban a los vecinos a dirimir sus diferencias.

En 1976 el Tribunal Supremo a través de su presidente, el magistrado WARREN E. BURGER, convocó una Conferencia para analizar las causas del descontento que producía la Administración de Justicia; dicha reunión, en la que tomaron parte representantes de los diversos elementos y foros interesados, incluidos el estamento judicial, puso de relieve los peligros del aumento cuantitativo y cualitativo de los litigios⁶¹.

Las ventajas que suelen ser adjudicadas a los ADR son principalmente el ahorro de tiempo y su consideración como medio menos costoso, lo que en conjunto hace que sean considerados como alternativas más eficientes respecto del litigio. Pero además se les considera como medios más eficaces de solución a los conflictos en tanto presentan ventajas tales como: una mayor participación de los afectados, participación que va desde la propia elección del mecanismo de solución alternativo al juicio, selección de los eventuales terceros involucrados, configuración del proceso y determinación de su duración. Esta mayor participación por parte de los propios afectados acarrea a su vez una mayor credibilidad y confianza en el sistema, lo que deriva en una obtención de mejores resultados que, en muchos casos, son consecuencia de una aceptación de la solución alcanzada, y a su vez, esto genera un mejor cumplimiento por parte de los involucrados en el conflicto. Además, presentan la ventaja de ser medios más flexibles, que favorecen la confidencialidad y la mantención de relaciones a futuro entre las partes.

Los problemas que se mantienen en los ADR son los relativos a la financiación⁶², así como los derivados de esa consideración de cauce de *segunda mano* para la resolución de los conflictos. También hay autores que señalan como un grave inconveniente de los ADR, el hecho de que perpetuarían eventuales desequilibrios de poder entre las partes⁶³, en tanto

⁶¹ SINGER, LR, *Resolución de conflictos*, op. cit., pág. 20.

⁶² KANOWITZ, L., *Case and Material on Alternative Dispute Resolution*, West, Minnesota, 1985, pág. 15.

no existe una autoridad ni una instancia lo suficientemente formalizada que sea capaz de absorber estos desequilibrios.

De tal magnitud ha sido el ingreso de los ADR en el país del norte, que incluso los mismos órganos judiciales los estimulan, llegando a invitar a los litigantes a participar en algunas de las técnicas previas de solución de los conflictos, especialmente, mediación y arbitraje. Tal es así que se elaboran unos programas de ADR dentro de los tribunales, de manera que casi todos los juzgados de distrito (federales) han asumido o están en vías de ello, alguna fórmula de resolución alternativa de los litigios. Efectivamente, como pone de manifiesto SINGER⁶⁴, según un sondeo efectuado por el *National Center for State Court*, aproximadamente 1200 tribunales estatales y locales hoy cuentan con algún tipo de programa de ADR.

También en Inglaterra se ha adoptado este sistema de programas de ADR dentro de los propios tribunales. Así por ejemplo, la mediación ha sido incorporada en muchos de estos programas a lo largo de las Cortes de Inglaterra. Los ejemplos más característicos de estos programas son los esquemas que rigen en la Corte de Apelaciones, la Corte Comercial, la Corte del Distrito Central de Londres y la Corte de Edimburgo⁶⁵.

En el contexto estadounidense, en 1983 se produce un cambio en las *Federal Rules of Civil Procedure*, favoreciendo desde la Rule 16 (c) el uso de los procedimientos extrajudiciales de resolución de las disputas. Otro momento importante es cuando en 1990 se aprueba por el Congreso de los Estados Unidos de América la denominada Ley de Reforma de la Justicia Civil, en la que se insta a los tribunales de distritos federales a que elaboren e instauren sus propios planes para disminuir los gastos y los retrasos en el desarrollo de los procesos civiles, y les impulsa hacia la inclusión de programas de resolución alternativa de litigios allí donde las materias y las circunstancias lo permitan, siendo significativo a este respecto determinar que prácticamente todos los tribunales lo han hecho.

Significativo es también que en el desarrollo de este movimiento han tomado parte elementos y representantes de los distintos estamentos y foros, provocando una participación plural que, cuanto menos, ha generado un consenso en la aceptación de las técnicas alternativas. Ejemplo de ello es la configuración de la denominada «Uniform Mediation Act», documento transversal a la regulación de mecanismos como estos en cada uno de los Estados, en tanto fue elaborado por la American Bar Association, con miras a ser aplicado en los distintos estados. Aún más, uno de los objetivos expresos de este documento es constituir un paso significativo en la uniformación de la regulación de la mediación a lo largo de Estados Unidos.

⁶⁴ SINGER, LR, *Resolución de conflictos*, op. cit., pág. 221.

⁶⁵ Para información detallada de la regulación que dispone cada uno de estos esquemas ver http://www.adrnow.org.uk/go/SubPage_13.html

El desarrollo y configuración de estas técnicas alternativas no resulta, sin embargo, pacífico, generándose una serie de cuestiones en que falta una solución unitaria, de entre éstas se puede citar: las materias a las que se pueden aplicar estas técnicas de solución; las técnicas que deben emplearse y sus cauces, las personas más apropiadas para intervenir en las mismas y la capacitación que éstas deben recibir, la confidencialidad que ampara estos procesos y su extensión, la posibilidad de imponer vías como éstas, la forma jurídica que deben tomar los acuerdos logrados y si éstos han de tener ciertas exigencias de justicia sustantiva, entre otras.

Se ha producido en las décadas de los ochenta y noventa una importante proliferación legislativa⁶⁶. Desde un punto federal es importante la labor comenzada desde 1988 que culminó en 1990 con la reforma denominada *Act of 1990*, que contiene una serie de condiciones de actuación conjunta en los mismos juzgados y, sobre todo, incluye mandatos para expandir el uso de los ADR desde los tribunales de justicia; así autoriza el desarrollo de *Civil Justice Expense and Delay Reduction Plans* en 10 distritos federales, siendo que en tres de ellos se deben aplicar los métodos de ADR. Paralelamente, se desarrollan las *Federal Rules*, siendo de destacar la 16, en la que se trata de conseguir que las partes lleguen a una solución antes de poner en marcha la actuación judicial. Posteriormente, en el campo de Derecho Administrativo se deben destacar la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990* y la *Civil Rights Act of 1991* que fijan, para resolver las contiendas civiles, esta posible consideración de resoluciones alternativas de las disputas.

2.- Campo de aplicación

Los ADR surgieron en el campo del Derecho privado, especialmente en el ámbito laboral, pero hoy ya no es posible reducir su campo de acción a los sectores antes citados. Así las cosas, la presencia de los ADR se presenta:

a) Sector empresarial

Es donde la utilización de medios consensuados, negociados o mediados entre directivos y empleados alcanza soluciones satisfactorias para ambas partes, provocando un movimiento hacia los métodos de solución extrajudiciales de los litigios, convirtiéndose incluso en una faceta importante en la formación empresarial y en la vida profesional de los ejecutivos empresariales.

De este modo, los directivos asisten a cursos de negociación para aprender a tratar directamente con sus empleados, con sus clientes y con los sujetos que intervienen en el mercado como competidores; incluso se han creado figuras como los *defensores del pueblo internos*, mediadores o comité de revisión formados por una representación de

⁶⁶ Confrontar con la amplia gama de documentos anexos de este estudio.

los trabajadores, todos ellos dirigidos a intentar solucionar las reclamaciones de sus empleados o consumidores. Es desde la dirección que se insiste, cada vez más, en abogar por estos sistemas de negociación, de mediación o cualquier otra vía no jurisdiccional que, en todo caso, conlleva unos costes menores, reducción de tiempo en el logro de una solución y, sobre todo, una menor crispación en el desarrollo del mismo. Así las cosas, resulta significativa la reducción de causas que ingresan al sistema de justicia civil⁶⁷.

b) *Derecho de familia*

La complejidad humana que comportan las disputas familiares, sobre todo las situaciones de crisis (divorcios) ha venido exigiendo una búsqueda de vías complementarias, paralelas o sustitutivas de la imposición de una resolución judicial⁶⁸.

Si bien existen autores partidarios de la mediación obligatoria en este campo, se debe tener presente que nos encontramos en un ámbito en que la institución funcionará siempre que reciba la cooperación de las partes. De ahí que parece que sea de la esencia que siempre la mediación tenga su fuente en la voluntad de las partes. En esta materia en los Estados Unidos se viene distinguiendo entre mediación privada y mediación del divorcio en los tribunales⁶⁹, teniendo como diferencia fundamental el que la última se centra exclusivamente en la custodia de los hijos y el derecho de visitas; estas mediaciones auspiciadas por un tribunal las efectúan, por regla general, asistentes sociales y, a veces, mediadores particulares contratados para tal efecto.

c) *Relaciones vecinales*

Aquí el funcionamiento se efectúa mediante la creación de centros vecinales (en tiendas, escuelas o incluso en los mismos juzgados), que en ocasiones adquieren la denominación de institutos de mediación o juntas comunales. Y la participación en estos centros se lleva a cabo a través de voluntarios que operan como mediadores. Estos mediadores incluso llegan a conocer de delitos contra la propiedad y faltas penales.

d) *Materias de consumo*

También aquí se configura un sistema que alcance soluciones extrajudiciales de estos conflictos. A estos efectos se han creado algunas oficinas de defensa del consumidor que operan como mediadores.

⁶⁷ BARRETT, JEROME y BARRETT, JOSEPH, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, op. cit., págs. 100 y ss.

⁶⁸ CARBONNEAU, THOMAS, *Alternative Dispute Resolution. Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, op.cit., pág. 161 y ss.

⁶⁹ GREIF, J., «Conciliación, mediación, arbitraje como forma alternativa de solucionar conflictos familiares», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1995, págs. 55 y ss.

e) *Derecho Administrativo*

En este campo pueden encontrarse técnicas alternativas que tienden hacia la desjudicialización de los conflictos. Significativo a este respecto fue la aprobación por el Congreso de los Estados Unidos de la ley de Resolución Litigios Administrativos (1990), que obliga a los organismos federales a desarrollar mecanismos de ADR, a designar y formar profesionales para la utilización de estas técnicas y a dotarles del personal adecuado para su puesta en marcha y mantenimiento.

3.- Instrumentos

3.1.- Negociación

A través de la negociación pueden los sujetos en conflicto, tan sólo ellos sin intervención de un tercero, tratar de alcanzar una solución para el conflicto suscitado, mediante el intento de comunicarse entre sí, exponiendo cada uno sus beneficios, asumiendo que, en cualquier caso, va a existir una cesión que importe renunciar a algo.

Esta negociación sin intervención de terceros ha recibido el estudio de pensadores, estableciéndose técnicas, maneras y en suma creándose diversas posiciones doctrinales según la vía utilizada. Es importante poner de relieve las dos escuelas de pensamiento que dominan en este ámbito, a saber: a) la que considera que la negociación es competitiva, y b) la que estima que la negociación es colaboración. La primera responde a una corriente de pensamiento que asume la negociación desde la concepción del ir ganando terreno al contrario, de manera que mediante mecanismos psicológicos tales como la exigencias, las amenazas de no continuar (..) se pretende que el adversario ceda ante las presiones mantenidas por la contraria. La segunda posición es la que arranca de una negociación en sentido de cesión, de manera que ambas partes ganan, en todo caso, con las negociaciones como manera de resolución de conflicto; «(..) la continuidad de la relación, la credibilidad y la confianza son de su base»⁷⁰.

La adopción de una u otra vía en la negociación dependerá del tipo de conflicto del que se trate. El tipo de conflicto quedará definido, entre otros factores, por el vínculo existente entre ambas partes negociadoras; así, el primer sistema puede tener aplicación en el supuesto de negociar una indemnización por daño (*responsabilidad extracontractual*) sufrido a consecuencia de un accidente de tráfico, mientras que la segunda vía tiene sentido cuando se trata de resolver cuestiones que afectan al Derecho de familia, en una relación con los hijos; o en materias como el ámbito laboral, máxime si la relación contractual laboral va a perdurar.

⁷⁰ SINGER, LR, *Resolución de conflictos*, op. cit., pág. 33.

En la doctrina⁷¹, es usual encontrar referencias a la denominada Teoría de los Juegos cuando se trata de dilucidar qué estrategia es más conveniente para abordar un determinado conflicto. En este contexto se afirma que una estrategia competitiva, que gira sobre el eje de ganar/perder, sólo es adecuada en los denominados juegos de suma cero; es decir, en aquellos en que las ganancias de un jugador equivalen necesariamente a las pérdidas del otro, de modo que el primero gana sólo en la medida en que su contrincante pierde otro tanto. Sin embargo, una estrategia competitiva no resulta eficiente⁷² para los conflictos de suma variable o suma no nula. En estos últimos, existen soluciones que maximizan por parejo la utilidad o el beneficio de los partícipes, por lo tanto el eje ganar/perder pierde su sentido, pues «ganar» ya no tiene un significado competitivo en tanto no significa ganar en relación al adversario. Para los juegos de suma variable la estrategia adecuada es la colaborativa, pues sólo ésta toma en consideración que los intereses de cada parte no son necesariamente divergentes sino convergentes y es capaz de aprovechar en beneficio de ambos partícipes esa convergencia.

Una parte de la dogmática norteamericana⁷³ ha delimitado las técnicas que pueden ser utilizadas para lograr una solución negociada a los problemas, a saber:

1. Necesidad de diferenciar los intereses frente a las posiciones. Mientras los intereses son las necesidades relevantes de cada parte en la negociación, las posiciones son las posturas que adoptan en tanto las estiman como las necesarias para resguardar sus intereses. En la negociación es fundamental centrarse en los intereses que subyacen a las posiciones, pues estas últimas suelen constituirse en visiones unilaterales y rígidas de las partes, mientras que si se trabaja directamente con los intereses es posible buscar puntos de acuerdo que sirvan para ir generando posibles acuerdos. En el contexto de una negociación siempre hay varios intereses en juego, lo que obligará a clasificar por orden de prioridades los intereses contrapuestos de los que intervienen, de manera que una vez que hayan sido establecidos, podrá determinarse un sistema que se ampare en el intercambio, es decir, cuestiones que no siendo demasiado trascendentes para la parte, sí lo son para la contraria.

⁷¹ Ver HIGHTON, ELENA y ALVAREZ, GLADYS, *Mediación para resolver conflictos*, op.cit., págs. 83 y ss; PEÑA, CARLOS, *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos*, Revista de Estudios Sociales N° 88, 1996, págs. 133 y ss.

⁷² En este contexto, se parte de la base de una eficiencia en el sentido del Óptimo de Pareto, según el cual una situación social cualquiera es óptima cuando no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar a la vez la situación de otro.

⁷³ FISHER, ROGER; URY, WILLIAM; y PATTON, BRUCE, *Getting to yes. Negotiating Agreement Without Giving in*, Penguin, New York, 1991, *passim*

2. Deben generar soluciones a través de un abanico de opciones que permitan satisfacer los intereses de todos los afectados. Lógico es que se alcanzarán mejores y más satisfactorios resultados cuanto más posibilidades se barajen por las partes, de manera tal que si desde las mismas partes se barajan soluciones que les satisfacen existe una menor conciencia de que se trata de una cesión, dejación o imposición de una solución; se asume que se trata de una solución consensuada. El supuesto de un divorcio, si ambos cónyuges pretendieran permanecer en el hogar conyugal, podría optarse por vender la casa y la cantidad obtenida por ambos dividirla de manera que cada uno pudiera pagar una nueva vivienda.

3. Se deben reconocer las limitaciones. Ello quiere decir que cuando se pretende negociar para alcanzar un acuerdo no se puede partir de un campo abierto sin límites sino que debe delimitarse el conflicto, con lo que las partes asumen una movilidad en ese campo y dentro de esos límites. Esto no significa que haya que limitarse al núcleo duro del conflicto, por el contrario, es necesario buscar intereses comunes, compatibles o no contradictorios dentro del propio campo del conflicto, pues estas áreas de acuerdo servirán de pilares para las eventuales soluciones.

4. Pluralidad y claridad de las alternativas al conflicto. A mayor número de alternativas posibles, más fácil es alcanzar un acuerdo.

5. En este tipo de negociaciones siempre se debe tener presente cuál es la situación de ambas partes en el supuesto de que no pueda culminarse la negociación. En la terminología acuñada por el modelo de negociación colaborativa de Harvard se habla de tener en cuenta el MAAN, es decir, la mejor alternativa al acuerdo negociado. Tener presente estas alternativas fuera de la negociación ayuda a mantener una visión objetiva del conflicto, y a su vez, de las posibilidades reales de la negociación como vía de solución al conflicto.

3.2.- Mediación

Es posible que intervengan en la negociación sujetos ajenos a las partes, tratando de realizar actuaciones de aproximación entre éstas, con el fin de resolver el litigio entre ellas suscitado. Efectivamente, es el típico caso de la labor desempeñada por los abogados de ambas partes que aproximan las posiciones, delimitan el campo del conflicto y las opciones existentes. En todo caso, el papel de los negociadores también consiste en examinar las consecuencias perniciosas que para sus clientes puede resultar el no llegar a una solución del conflicto. En este caso concreto, la negociación puede ser la vía de solución sin más, o bien convertirse en el paso previo para acudir posteriormente a un mediador, tercero no relacionado con los sujetos en conflicto que, en suma, trate de poner encima de la mesa los intereses en

juego, las prioridades, las posibles opciones y las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no consecución de una solución mediada del conflicto.

Se trata en definitiva, de la intervención de un tercero, ajeno al conflicto, que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos, si bien ese tercero puede ser desde el juez, un abogado, psicólogo, un terapeuta, un psiquiatra, el director de personal de una empresa, un profesor de colegio, etc.

Los propios documentos que regulan la mediación muchas veces introducen definiciones de este medio alternativo de resolución de conflictos. Así por ejemplo, en el título 28 del Código Estadounidense se define mediación como un procedimiento de resolución de disputas flexible y voluntario, en el cual un juez para el acuerdo (lo que se conoce como «*settlement judge*» y que difiere del juez de la causa), o un tercero neutral facilita las negociaciones para alcanzar una solución mutuamente aceptable. Añade además, que el proceso de mediación incluye una o más sesiones en donde consejeros de las partes, los litigantes y el mediador participan, y que pueden continuar a lo largo de un período de tiempo. Establece que el mediador puede ayudar a las partes a clarificar sus intereses, a mejorar la comunicación entre ellas, y a probar las fortalezas y debilidades de la propia posición, así como las fortalezas y debilidades de la posición de la contraparte. El mediador podrá también identificar las áreas de acuerdo y ayudar a generar opciones que deriven en un acuerdo. Como se advierte es una definición bastante completa que sirve a los objetivos de ir delineando las funciones propias del mediador, e incluso traza las líneas del proceso de mediación.

La definición que entrega la «Uniform Mediation Act», en cambio, es mucho más sucinta, en parte **porque** se preocupa de definir en forma independiente lo que ha de entenderse por mediador, comunicaciones en la mediación, proceso de mediación, etc⁷⁴. Este documento se limita a definir la mediación como «proceso en el cual un mediador facilita la comunicación y negociación entre las partes para lograr un acuerdo voluntario que ponga fin a su disputa». Lo más relevante de esta definición es que para describir el rol del mediador se utilizan las palabras «facilitar» y «asistir», y no la palabra «conducir» –como originalmente se pensó por los redactores- para poner énfasis en que el mediador, a diferencia del árbitro, no tiene poder en la decisión.

Por último, las regulaciones vigentes en cada Estado también contemplan definiciones. Así por ejemplo, los estatutos de Florida definen Mediación como «un proceso en el cual un tercero neutral llamado mediador actúa para incentivar y facilitar la resolución de la disputa entre dos o más partes. Es un proceso informal y no adversarial que tiene como objetivo ayudar a las partes en disputa a alcanzar un acuerdo voluntario y aceptable para

⁷⁴ UNIFORM MEDIATION ACT, American Bar Association, 2003, sección 2: definiciones.

ambas. En la mediación la autoridad de tomar decisiones recae en las partes. El rol del mediador incluye, pero no se limita a ello, asistir a las partes en la identificación de los problemas, de los puntos de convergencia y a explorar opciones de acuerdo»⁷⁵.

De estas definiciones es posible extraer las principales características de este método de solución de disputas (voluntariedad, flexibilidad, carácter informal, entre otras), así como las características propias del rol del mediador (constituye un tercero, neutral, con labores de asistencia y facilitación de las comunicaciones entre las partes, etc.).

Si tomamos un dato ofrecido por SINGER⁷⁶, el que los negociadores se aferran a menudo a sus posiciones, insisten en recibir todo lo que quieren y se niegan a hacer concesiones, es de gran ayuda para desbloquear el proceso la intervención de un extraño que le guíe en la negociación. Así las cosas, la doctrina americana apunta distintas vías o métodos que deben emplearse para efectivizar esta técnica de la mediación:

1. Suavizar el ánimo encrespado
2. Actuar como guía imparcial de la discusión y asegurar que todas las partes tengan la oportunidad de hablar
3. Ayudar a diferenciar intereses de posiciones
4. Trabajar con las partes para idear soluciones creativas que colmen las necesidades
5. Ganarse la confianza de las partes, de modo que compartan con él información confidencial sobre sus intereses y alternativas
6. Trasladar de uno a otro una selección de la información, traduciéndola de un lenguaje negativo a uno positivo, abrir los canales de comunicación
7. Actuar como un representante de la realidad y ayudar a las partes a ser más realistas respecto de sus alternativas
8. Ofrecer, ocasionalmente, una opinión objetiva sobre el aspecto positivo del problema
9. Mantener viva la negociación cuando las partes están dispuestas a abandonar
10. Efectuar recomendaciones, si las partes lo piden

⁷⁵ Estatutos de Florida, Título V, Capítulo 44: *Alternativas de Mediación frente a la acción judicial*, definiciones.

⁷⁶ SINGER, LR, *Resolución de conflictos*, op. cit., pág. 36.

4. Actuar de chivo expiatorio en caso que no funcione

El mediador debe asumir que no hay una actitud positiva de participar de los intervinientes en la negociación, y ello por cuanto, de lo contrario, significaría que las partes ya se habrían puesto de acuerdo para solucionar el asunto. De allí que la función del mediador sería lograr que los intervinientes tomaran parte en el procedimiento, para sentirse coautores de la solución. Es decir, utilizando una terminología del sociólogo alemán NIKLAS LUHMANN⁷⁷, la finalidad del proceso de mediación es estrictamente funcional, la neutralización de las protestas, sea a través de un proceso cuya conclusión sea aceptada por todos en la medida en que han aceptado las reglas del juego, sea aislando y quitando credibilidad a los que siguen protestando tras la conclusión del proceso⁷⁸.

Los autores americanos⁷⁹ dividen las diversas fases del procedimiento de mediación: 1) Inicial: creación de confianza y estructura; 2) Localización de hechos y aislamiento de problemas, se comprenden las perspectivas de las partes y se clarifican intereses y necesidades; 3) Creación de opciones y alternativas, se replantea el conflicto; 4) Negociación y toma de decisiones; 5) Esclarecimiento y relación de un plan; 6) Revisión legal y procesamiento; y, 7) Puesta en práctica, análisis y revisión. Los mediadores deben estar disponibles para poder intervenir en caso de dificultades durante la etapa de puesta en práctica, con el fin de reestructurarla o remitir, a cuantos hubieren participado, a alguien que pueda continuar con ellos en la tarea de mediación.

Esclarecida de esta forma la mediación, se deduce que hay determinados conflictos que son más susceptibles de ser mediados que otros⁸⁰. Así por ejemplo, la mediación es un proceso especialmente recomendable si entre las partes hay una relación que ha de perdurar en el tiempo, cuando existen delicadas posiciones de reputación, confidencialidad u otras, cuando las cuestiones técnicas de por medio sean muy complejas, cuando existe apuro en resolver el conflicto, etc. Por otro lado, la mediación no resulta recomendable si hay complejas cuestiones de calificación legal de por medio, si una de las partes presenta una fuerte renuencia a colaborar en el proceso, o si existen fuertes desequilibrios de poder entre las partes.

Un importante factor de éxito de la mediación pasa necesariamente por un intercambio de información, teniendo en cuenta que por regla general

⁷⁷ LUHMANN, NIKLAS, *Legitimation durch Verfahren* (2° ed.), Luchterhand, Neuwied, 1975, pág. 87 y ss.

⁷⁸ En el mismo sentido HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, Beck, München, 1991, pág. 99.

⁷⁹ Por todos consultar: WARE, STEPHEN J., *Alternative Dispute Resolution* (Hornbook Series and Other Textbooks), West, New York, 2001, págs. 22 y ss; y HIGHTON, ELENA y ALVAREZ, GLADYS, *Mediación para resolver conflictos*, op.cit., págs. 231 y ss.

⁸⁰ Ver HIGHTON, ELENA y ALVAREZ, GLADYS, *Mediación para resolver conflictos*, op. cit., págs. 201 y ss; HILL, RICHARD, *Non Adversarial Mediation*, Dispute Resolution Journal, Julio, 1995.

se inicia la negociación desde un clima de desconfianza por ambos lados, que deberá ir disminuyendo poco a poco por intermedio del mediador. En este sentido, se ha afirmado que el éxito de la mediación frente a los procesos judiciales es la confidencialidad de la materia sometida a mediación así como la información que se vierte a lo largo de este procedimiento⁸¹. Éste ha sido precisamente uno de los puntos clave en las distintas regulaciones que se han dado al proceso de mediación, especialmente en Estados Unidos en que se ha puesto especial énfasis en coordinar las reglas de «descubrimiento de prueba» («discovery rules») con la necesidad de mantener la confidencialidad necesaria para la mediación. La regla general en este aspecto es que todo el procedimiento, incluyendo los documentos presentados en éste y las comunicaciones entre las partes, serán confidenciales y no estarán disponibles para el juez de la causa u otro fuera del tercero que conduce la mediación. Sin embargo, la información que era susceptible de descubrimiento o admisible como evidencia por las reglas generales no pierde este carácter por el sólo hecho de haber sido utilizada en la mediación u otro mecanismo ADR⁸². La confidencialidad es regulada con mayores pormenores en la regulación estatal⁸³ y también en la «Uniform Mediation Act». En estos documentos no sólo se regula con carácter general la confidencialidad de la mediación y su extensión, sino también los privilegios que acarrea (por ejemplo, negarse a testificar), las excepciones a este privilegio (expresa renuncia de las partes, en caso de haber intención de planear, intentar o cometer un crimen, etc), y las acciones judiciales que de ella derivan.

Con todo, el término *mediador* se ha utilizado de una manera *libre e imprecisa* en los Estados Unidos de América⁸⁴. Así las cosas, ninguna persona que escuche el término mediador entenderá de manera unívoca el rol de la persona que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo.

Por otro lado, en relación a las características que deben presentar los mediadores, cabe destacar la opinión de SIMKIN⁸⁵, quien las caracteriza como: la paciencia de JACOBO, la sinceridad y tenacidad de los ingleses, el talento de los irlandeses, la resistencia física de los corredores de la maratón, la habilidad para esquivar al contrario de un jugador de fútbol americano, la astucia de MAQUIAVELO, la técnica para sondear la personalidad de un buen psiquiatra, la capacidad de guardar secretos de un mudo, la piel de rinoceronte, y, la sabiduría de SALOMÓN.

⁸¹ Sobre la confidencialidad, ver por todos: KIRTLEY, A., «The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants and the Public Interest», *Journal of Dispute Resolution*, 1995, págs. 10 y ss.

⁸² Ver Código Estadounidense, título 28, apéndice, nota 3(d), reglas generales de los procedimientos ADR.

⁸³ Ver Estatutos de Florida, Título V, Capítulo 44: *Alternativas de Mediación frente a la acción judicial*, confidencialidad, privilegios y excepciones.

⁸⁴ En este sentido: SINGER, *Resolución de conflictos*, op. cit., págs. 38 y ss.

⁸⁵ SIMKIN, WE., *Mediation and Dynamics Of Collective Bargaining*, New York, 1971, *passim*.

En los procedimientos a seguir para que la mediación «llegue a buen puerto» se hace necesario una toma de contacto con las partes en el conflicto, ya que por separado o conjuntamente, intercambian información y haciéndose partícipes del conflicto y de las diversas opciones, de manera que en el fondo el rol del mediador debe dirigirse a favorecer que las personas continúen buscando, y naturalmente encontrando, un acuerdo entre ellos. En suma, de su figura dependerá en muchas ocasiones que se aminore la hostilidad recíproca o unilateral presente⁸⁶.

Si bien en Estados Unidos de América surge la mediación como un mecanismo esencialmente voluntario de resolución de conflictos, la evolución desde las últimas décadas de los ADR ha supuesto que junto a la misma se institucionaliza la posibilidad del *mandatory mediation*, que supone la existencia de programas que establecen la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al sometimiento de la cuestión a la autoridad judicial; el exponente de esta modalidad es precisamente el Derecho de familia⁸⁷.

Lo mismo ha sucedido en Inglaterra, en donde la mediación también surgió como un mecanismo esencialmente voluntario, pues se estimaba que el éxito de la mediación dependía de la colaboración libre de las partes. Sin embargo, en la Corte del Distrito Central de Londres se ha puesto en práctica, desde Abril del 2004, un programa paralelo de «referencia automática» a la mediación. Este programa, aún en estado de programa piloto, funciona de la siguiente forma: la Corte selecciona al azar veinte casos semanales para enviar a mediación (siempre y cuando sean casos en que exista una defensa, es decir, una contraparte activa). Una vez que las partes sean notificadas de esto, si no desean mediar deberán notificar a la Corte de las razones de su negativa. Si la Corte no encuentra satisfactorias dichas razones podrá negarse a escuchar el caso, o bien imponer una multa a la parte que se negó a mediar.

3.3.- Conciliación

En la actualidad la conciliación no goza de la aceptación de los autores americanos, quienes prefieren la institución de la mediación antes que un tercero que los concilie. Así frente a los mediadores, que tratan de aunar esfuerzos por conseguir que las partes lleguen a un acuerdo, en la conciliación el tercero interviene, mas no incita activamente a animar a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto. Por tanto, su función consiste en reunir a las partes o en transmitir entre ellas los mensajes o las informaciones⁸⁸.

⁸⁶ KIRTLLEY, A., «The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants and the Public Interest», op. cit., pág. 6.

⁸⁷ KATZ, LV., «Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two-headed monster or two side of the coin?», op. cit., pág. 11.

Un segundo problema que apunta la doctrina es el del significado de la palabra conciliación⁸⁹. Efectivamente, para los norteamericanos, y también para los ingleses, las palabras mediación y conciliación, no pocas veces, son utilizadas como sinónimos, en el sentido que, la palabra conciliación se usaba como sinónimo de mediación. El Instituto Federal de Mediación y Conciliación recibió dicho nombre porque una de las Cámaras del Congreso quería un Departamento de mediación y la otra uno de conciliación. Dicha oficina sigue manteniendo ambos nombres por tradición. La palabra «conciliación» no goza actualmente del favor del público norteamericano, porque a los matrimonios en trámite de divorcio, a los que los tribunales forzaron, en ocasiones, a permanecer casados, en un afán de reconciliarlos, no les gustaba su parecido con la palabra reconciliación. Durante el movimiento en pro de los derechos civiles la palabra conciliación no se consideró un término aceptable, ya que sonaba a que se minimizaba el conflicto (como algo opuesto a la solución de los hechos subyacentes). Por tanto, este término se reemplazó gradualmente por la palabra «mediación». En el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia todavía se usa «conciliación» para hablar de «mediación».

En ambos supuestos se pretende alcanzar una solución no heterocompositiva, que implique la imposición de la misma a los sujetos en conflicto, si bien la participación del tercero difiere en cuanto al grado de intensidad, dado que en la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tienden a concretar y, en su caso, posibilitar una solución entre ellas; por su parte, la mediación implica la utilización de estas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar, en un procedimiento en muchos casos más lento, la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que, desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la alteración existente.

⁸⁹ SINGER, LR, *Resolución de conflictos*, op. cit., pág. 42.

SISTEMA PROCESAL CIVIL ALEMÁN

1.- Aspectos generales

Frente a la situación descrita en el apartado anterior, la de los países anglosajones, Alemania es un fiel exponente del *civil law*. Efectivamente, el siglo XIX quedó marcado en la historia de esta nación por el proceso de unificación. Esto llevó a **que** los juristas germanos quedaran mucho más influenciados, desde el siglo XV, por el Derecho romano, cuya recepción había comenzado el siglo XIII⁹⁰. Fue la denominada ciencia de los comentaristas como método jurídico la que impregnó esta etapa en el desarrollo del Derecho alemán, siendo abono científico para que durante los siglos XVII y XXVIII en Alemania se fuera formando una jurisprudencia de gran precisión, las denominadas *usus modernus pandectarum*, que de acuerdo al ATIENZA⁹¹ «(..) Creó una metodología nueva con respecto a la de los glosadores y comentadores, en la que se fundieron las tendencias sistemáticas de la jurisprudencia elegante con el sentido práctico de los juristas alemanes»⁹².

La base formativa por la que ha ido gestándose el actual sistema continental, **en** el que se inserta el alemán, ha ido evolucionando, de manera dispar, entre los iguales, **mas** manteniendo una clara identidad respecto del valor de la ley, el marco legal y el carácter normativista en su concepción. Ello nos va a obligar a que si desde el análisis estadounidense de la *Alternative Dispute Resolution* debíamos imbuirnos de la participación y en la labor que desde la práctica (tribunales y Colegios de abogados) se estaba realizando en esa línea de actuación, en la República Federal de Alemania nos obligará a partir de un elemento distinto en su configuración, y ello por cuanto habrá que arrancar de los que las leyes permiten.

No existe en Alemania un movimiento como tal de los ADR, cuya raíz se ubique en comportamientos sociales e incluso sociológicos del pueblo, empero sí ya han comenzado los autores, desde hace dos décadas, a preocuparse por la búsqueda de lo que ellos denominan *Alternative in der*

⁹⁰ KISCH, S., *Deutsches Zivilprozessrecht*, op. cit., *passim*; GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., *passim*; y, ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op.cit., *passim*.

⁹¹ ATIENZA, MANUEL, *El sentido el Derecho*, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 195.

⁹² *Idem*.

Ziviljustiz, ante la situación provocada por la saturación de la vía jurisdiccional de resolución de los conflictos. Para una parte importante de la doctrina, la escasa relevancia que presenta en Alemania la negociación, mediación y conciliación, encuentra su explicación, en una parte importante, por la ausencia de la institución del «Discovery»⁹³. En otras palabras, la institución antes mencionada permite la existencia de contactos fluidos entre los equipos de abogados de ambas partes, lo que regularmente lleva a que se llegue a un acuerdo entre los mismos antes de comenzar el juicio. Por otro lado, también se aduce como argumento la mayor efectividad de la justicia civil alemana frente a la norteamericana como un elemento determinante a la hora de decidir si se debe entregar la resolución del conflicto al aparato estatal denominado «Poder Judicial».

2.- Medios y campo de aplicación

2.1.- Generalidades

En la República Federal de Alemania es posible identificar una política estatal de favorecimiento hacia los acuerdos voluntarios en muchos aspectos del sistema procesal civil alemán. Los abogados están siendo convencidos y compensados para negociar acuerdos para sus clientes, incluso antes de comenzar formalmente el juicio⁹⁴. En determinadas jurisdicciones especializadas la participación en un procedimiento de conciliación es una condición previa para iniciar el juicio, en otros este procedimiento tiene lugar inmediatamente después de presentada la demanda pero antes de cualquier otra actividad judicial⁹⁵.

En la mayor parte de los casos de controversias jurídicas no es necesario realizar ningún requerimiento previo o someterse a cualquier forma de conciliación u otra forma alternativa de resolución de las controversias para pedir la intervención de los Tribunales de Justicia del Estado. Con todo, una reforma reciente ha autorizado que los diversos *Länder* puedan requerir a

⁹³En la preparación del juicio oral pesa sobre las partes un verdadero deber de cooperar entre sí para concretar los puntos controvertidos y, sobre todo los datos relacionados con el objeto del proceso. De ello se deriva la existencia de diversos medios legales, de los que las partes disponen para descubrir toda la información que se halla en posesión del contrario; medios tales como interrogatorios, declaraciones escritas o petición de documentos, cuya regulación se encuentra en los art. 26 a 37 de la *Federal Rules of Civil Procedure*. Esta actividad es la que se conoce con el nombre de *Discovery* (literalmente descubrimiento), y responde a una nueva concepción del proceso norteamericano, según la cual el proceso no es una arena en la que los contendientes (partes) se enfrentan para vencer por cualquier medio. En otras palabras, no se trata de un mero cause de resolución de controversias, sino que su fin primordial es hacer justicia (BACHMAIER WINTER, LORENA, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, UCM, Madrid, 1994, pág. 43 y ss.).

⁹⁴ Cuestión que analizaremos mas adelante al hablar sobre el costo de los abogados durante el conflicto.

⁹⁵ En las cuestiones de Derecho Administrativo, el actor debe demostrar que el ha participado en un procedimiento administrativo previo como condición para demandar (ver parágrafos 80 y ss. de la VwGO).

las partes obligatoriamente un procedimiento de conciliación previo a la demanda para ciertas acciones de baja cuantía y otros casos⁹⁶.

Como veremos más adelante, una vez iniciado el juicio, existe una serie de fórmulas que permiten llegar a un acuerdo voluntario. Por otro lado, los jueces han comenzado a asumir un papel activo para alcanzar acuerdos en aquellos casos que la ley se lo permite. La más reciente reforma del proceso civil alemán permite promover acuerdos durante la tramitación del pleito, incluso después de la audiencia principal o de prueba⁹⁷.

En los procesos civiles, el juez juega un papel importante en el rol de facilitador de los acuerdos. El citado rol se puede apreciar en el siguiente párrafo de la ZPO:

«§ 278. Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich

(1) Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein»

La reforma procesal civil de 27 de Julio, requiere la celebración de conferencias entre las partes para llegar a acuerdos (*Güteverhandlung* o *Gütetermin*) antes de la audiencia preliminar o audiencia principal. El logro de un acuerdo es una de las finalidades principales de la función de facilitación que el tribunal realiza⁹⁸.

El tribunal está autorizado para ordenar la comparecencia personal de las partes a una audiencia de conciliación con el mismo. El tribunal también puede remitir el caso a un juez designado (*beauftragter*) o juez en otro Distrito judicial (*ersuchter Richter*) para la comparecencia destinada a alcanzar el acuerdo⁹⁹. Una nueva reforma de 2001 autorizó a los tribunales, en los casos que resulte apropiado, proponer a las partes una mediación extrajudicial u otro sistema similar¹⁰⁰.

⁹⁶ EGZPO parágrafo 15 (acciones por una cuantía hasta 750 Euros, disputas entre vecinos, etc.). Para mayores datos consultar ZÖLLER/GUMMER, *Zivilprozessordnung*, Mohr, Köln, 2002, § 15^a EGZPO, marginal 3 y ss.

⁹⁷ Parágrafo (reforma del 27/7/2001). Por todos confrontar: THOMAS/PUTZO/REICHOLD, *Zivilprozessordnung*, CH. Beck, München, 2003, § 278, marginal 6 y ss.

⁹⁸ EGZPO § 15 a.

⁹⁹ ZPO § 278 (3) Für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche soll das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. § 141 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend. (5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien hierzu, gilt § 251 entsprechend.

¹⁰⁰ ZPO § 278 (2) Der mündlichen Verhandlung geht zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos. Das Gericht hat in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen. Die erschienenen Parteien sollen hierzu persönlich gehört werden. (5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien hierzu, gilt § 251 entsprechend.

Una observación efectuada desde la perspectiva práctica pone de manifiesto: «(...) que la discrecionalidad propia del juez (puede) transformar a la misma en una actividad propia del primero¹⁰¹. La mayor parte de los modernos jueces toman su labor como «*facilitadores de acuerdos*» de manera muy seria y responsable, actuando de manera efectiva para remover cualquier obstáculo que impida el acuerdo¹⁰². El resultado final de la política antes señalada se aprecia en el incremento de las conciliaciones *intraprocesales* en las últimas décadas.¹⁰³

Por otra parte, el sistema procesal civil alemán garantiza a los litigantes que buscan justicia a través de una resolución sobre el fondo dictada por un órgano jurisdiccional del Estado, impidiendo que a los litigantes se les presione indebidamente de manera económica, procedimental o incluso judicialmente para aceptar el acuerdo¹⁰⁴.

Efectivamente, el acuerdo entre los litigantes (conciliación) no debe ser la finalidad en un proceso jurisdiccional, ya que la comunidad requiere de la jurisdicción. El sistema judicial debe ser cautelado por los jueces quienes son, a la vez, los únicos que pueden aplicar de manera compulsiva el cumplimiento de lo resuelto. La Ley Fundamental alemana habla de la justicia y no sobre la mediación¹⁰⁵. El juez debe ser fiel a la ley y la justicia¹⁰⁶, y no debe presionar al litigante en pos de un arreglo entre partes. El juez debe ser siempre una persona racional, que finalmente en algunas ocasiones preferirá una sentencia definitiva a un acuerdo más allá del costo. El juez no debe actuar como un agente que «lava el cerebro» de los litigantes en busca del acuerdo conciliatorio¹⁰⁷.

El aspecto positivo de la labor de los jueces como «mediadores o facilitadores» de acuerdos es la alta calidad técnica de los acuerdos alcanzados en aquellos casos en que son procedentes. Las técnicas y estilos desarrollados para elaborar acuerdos (conciliación) son diversos y apuntan a

¹⁰¹ SCHELLHAMMER, *Die Arbeitsmethode des Zivilrichters*, 1997, *passim*.

¹⁰² ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., pag. 762 y ss.

¹⁰³ En el año 1989 sobre el 25% de todos los casos fueron resueltos a través de acuerdos *intraprocesales* (HENDEL, «Der Prozessvergleich als Instrument der Ressourcenökonomie. –Zielverschiebungen in der Vergleichspraxis und daran anknüpfende rechtspolitische Empfehlungen^{1/2}, *Der Prozessvergleich (Hrsg. Walther)*, CH. Beck, München, 1983, págs 125 y 128.).

¹⁰⁴ Ver: STÜRNER, número 54 *DRiZ* 202, 1976

¹⁰⁵ GG § 92 «Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt».

¹⁰⁶ GG § 20 (3) «Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden».

¹⁰⁷ STÜRNEN, op. cit., *passim*.

experiencias y personalidad propia de cada uno de los jueces que intervienen en los mismos. Con todo, existen varias técnicas y herramientas en el sistema procesal civil alemán que en manos de los jueces facilitan la comunicación *interpartes* para llegar a un acuerdo.

El primero, la autoridad o poder del juez para requerir a las partes que se sienten frente a frente y expresen sus posiciones y demandas, en definitiva lo que se busca es eliminar aquella diferencia que tiene su origen en defectos comunicativos. Las partes son forzadas a confrontarse, verse las caras. Efectivamente, está comprobado que las personas se sienten más proclives a negociar y alcanzar acuerdos cuando lo realizan directamente con el otro interesado, sin intervención de los abogados de las partes.

Con todo, la herramienta más poderosa que tiene en sus manos el juez sea el poder del mismo de poder esclarecer y dar una evaluación preliminar del asunto sometido a su decisión. La labor del juez es esclarecer y presentar las cuestiones legales y fácticas debatidas en la causa a las partes. La reciente reforma impone al juez la obligación de hacer uso de esta herramienta al inicio de la comparecencia oral¹⁰⁸.

Esta activa participación judicial es especialmente bien recibida por las partes para analizar la posibilidad de llegar a un acuerdo. Efectivamente, en su labor de facilitador el tribunal permite que las partes se consideren seguras de que están llegando a un acuerdo que es bueno para todos y que el riesgo de continuar litigando con posterioridad es muy reducido¹⁰⁹.

También se debe tener presente que la actividad del juez deber contener ciertos límites que, si finalmente si se traspasan, pueden provocar la pérdida o quiebre de la garantía constitucional de la imparcialidad judicial objetiva. La teoría de la negociación nos señala que a medida que las partes saben más sobre las «fortalezas» y «debilidades», suyas como de la otra parte, mayor será su compromiso con la resolución vía acuerdo del conflicto¹¹⁰.

El tribunal tiene el poder de usar el tiempo como una herramienta para llevar a las partes a celebrar un acuerdo. Algunas veces el «congelan» el procedimiento puede llevar a las partes a reconsiderar o a buscar el acuerdo. En causas de familia, existe una autorización específica que autoriza al juez para posponer el desarrollo del procedimiento. La ley de libre competencia (*Gezetz gegen den unlauter Wettbewerb*) contiene una norma que permite a

¹⁰⁸ ZPO § 278 **Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich**

(2) (...) Das Gericht hat in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen. Die erschienenen Parteien sollen hierzu persönlich gehört werden.

¹⁰⁹ SCHELLHAMMER, *Die Arbeitsmethode des Zivilrichters*, op. cit., marginal 499.

¹¹⁰ SCHELLHAMMER, *Die Arbeitsmethode des Zivilrichters*, op. cit., *idem*.

los litigantes suspender el proceso con el objeto de dar la oportunidad para alcanzar un acuerdo entre las partes¹¹¹. En la jurisdicción ordinaria el tribunal puede permitir la negociación de un acuerdo entre los litigantes, que encontró su origen en el pasado, y dar un tiempo para que las partes decidan si lo aceptan o lo rechazan¹¹².

Con la reforma del proceso civil alemán se ha puesto de manifiesto el interés del legislador por promover la conciliación en la audiencia previa del proceso civil. Con todo, como hemos podido apreciar, el interés del legislador germano va más allá de la citada audiencia. Efectivamente, el juez puede hacer surgir el acuerdo entre las partes (conciliación) en cualquier estado del proceso.

Con todo, es necesario poner de relieve que el uso del tiempo por parte del juez para potenciar el alcance de acuerdos entre los litigantes no es ilimitado. Así el poder del juez para posponer o suspender la audiencia en casos de derecho de familia tiene establecidos ciertos límites por la propia ley. Por otro lado, en los casos civiles ordinarios el abuso, por parte de los jueces, del poder de suspender la audiencia podría generar un recurso ante el Tribunal Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) o una acción de nulidad en contra del acuerdo alcanzado mediante presión¹¹³.

¹¹¹UWG § 27 a (10)

¹¹² Ver ZÖLLER/GREGER, *Zivilprozessordnung*, op. cit., §278. ZPO § 227. **Terminsänderung**

(1) Aus erheblichen Gründen kann ein Termin aufgehoben oder verlegt sowie eine Verhandlung vertagt werden. Erhebliche Gründe sind insbesondere nicht

1. das Ausbleiben einer Partei oder die Ankündigung, nicht zu erscheinen, wenn nicht das Gericht dafür hält, dass die Partei ohne ihr Verschulden am Erscheinen verhindert ist;
2. die mangelnde Vorbereitung einer Partei, wenn nicht die Partei dies genügend entschuldigt;
3. das Einvernehmen der Parteien allein.

(2) Die erheblichen Gründe sind auf Verlangen des Vorsitzenden, für eine Vertagung auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen.

(3) Ein für die Zeit vom 1. Juli bis 31. August bestimmter Termin, mit Ausnahme eines Termins zur Verkündung einer Entscheidung, ist auf Antrag innerhalb einer Woche nach Zugang der Ladung oder Terminbestimmung zu verlegen. Dies gilt nicht für 1. Arrestsachen oder die eine einstweilige Verfügung oder einstweilige Anordnung betreffenden Sachen, 2. Streitigkeiten wegen Überlassung, Benutzung, Räumung oder Herausgabe von Räumen oder wegen Fortsetzung des Mietverhältnisses über Wohnraum auf Grund der §§ 574 bis 574b des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Streitigkeiten in Familiensachen, 4. Wechsel- oder Scheckprozesse, 5. Bausachen, wenn über die Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird, 6. Streitigkeiten wegen Überlassung oder Herausgabe einer Sache an eine Person, bei der die Sache nicht der Pfändung unterworfen ist, 7. Zwangsvollstreckungsverfahren oder 8. Verfahren der Vollstreckbarerklärung oder zur Vornahme richterlicher Handlungen im Schiedsverfahren; dabei genügt es, wenn nur einer von mehreren Ansprüchen die Voraussetzungen erfüllt. Wenn das Verfahren besonderer Beschleunigung bedarf, ist dem Verlegungsantrag nicht zu entsprechen.

(4) Über die Aufhebung sowie Verlegung eines Termins entscheidet der Vorsitzende ohne mündliche Verhandlung; über die Vertagung einer Verhandlung entscheidet das Gericht. Die Entscheidung ist kurz zu begründen. Sie ist unanfechtbar.

¹¹³ Ver Corte Suprema Federal, 19 *NJW* (2399).

El juez podría dividir y estructurar el procedimiento con miras a obtener de las partes un acuerdo parcial o provisional. El tribunal puede ordenar que varias reclamaciones entabladas en una demanda sean vistas en procesos separados y ayudar a la formación del acuerdo¹¹⁴.

Tradicionalmente el activo rol de los jueces alemanes en promoción de la conciliación de las partes, ha mantenido por mucho tiempo fuera de los tribunales los mecanismos de los ADR. Ello por verse como no necesarios para alcanzar lograr un acuerdo entre las partes. Con todo, esta visión ha ido cambiando, como se puede apreciar en las recientes reformas introducidas por el legislador alemán al sistema procesal civil. Se debe remarcar que estas reformas han introducido un nuevo mercado laboral para los abogados alemanes, como para otros profesionales, en la resolución alternativa de los conflictos.

2.2.- Costo y honorarios de los abogados en caso de acuerdo amistoso durante la tramitación del juicio

Si las partes llegan a un acuerdo durante la tramitación del juicio, los costos totales de las costas judiciales y los honorarios de los abogados se verán afectados. La idea es crear incentivos para las partes para llegar a un acuerdo sin necesidad de tramitar todo un procedimiento ante el tribunal estatal.

Si la causa alcanza acuerdo en cualquier estado del juicio durante la primera instancia, el costo total a pagar en esta etapa será reducido en dos unidades. Así las cosas, si una causa civil termina en primera instancia, el monto total de gastos a pagar será de tres unidades¹¹⁵. Si el acuerdo es alcanzado en la segunda instancia (apelación), los costos se reducen en una y media unidad o tres unidades del costo que debería haber asumido si el juez lo hubiera condenado¹¹⁶.

De la misma manera, respecto de los honorarios de los abogados, alcanzar un acuerdo es contado como una unidad de desarrollo para los dos letrados en el cómputo de sus honorarios. Si en un juicio ordinario el caso llega a conciliación después de la iniciación, los dos abogados serán compensados por sus clientes sobre la base de tres unidades, a saber: la unidad básica de

¹¹⁴ ZPO § 145 **Prozessstrennung**

(1) Das Gericht kann anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

¹¹⁵ GKG (*Gerichtskostengesetz*) Abschnitt 1, N° 1211

¹¹⁶ GKG (*Gerichtskostengesetz*) Abschnitt 1, N° 1220 y 1224, 1231 y 1236.

honorarios, la de la audiencia de prueba y la del acuerdo alcanzado¹¹⁷. Esto da un incentivo a los abogados para negociar acuerdos con la contraparte.

La ordenanza procesal civil alemana autoriza a las partes para acordar sobre la asignación de los costos judiciales y sobre los honorarios de los abogados. En la mayoría de los casos este acuerdo se incorpora en la posterior conciliación.

2.3. Formalidades de los acuerdos *intraprocesales* en la República Federal de Alemania

En el sistema procesal civil alemán se reconoce a las partes el poder de llegar a un acuerdo y que se le asigne fuerza ejecutiva al mismo (*Vollstreckungstitel*). Efectivamente la ley alemana permite a las partes que han llegado a una solución negociada de su conflicto a dejar constancia del mismo en el proceso (*beurkunden*). Como regla, los acuerdos hechos valer ante el tribunal gozan de la misma fuerza ejecutiva que una sentencia definitiva.

Los requisitos para un acuerdo *intraprocesal* se encuentran en el párrafo 794, que autoriza durante la litigación¹¹⁸. Los acuerdos *intraprocesales* pueden revestir la forma de una solución negociada (conciliación) o de un desistimiento (*Klagerücknahme*) o de un allanamiento (*Anerkenntnisurteil*) u otra forma análoga.

¹¹⁷ BRAGO (*Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte*) § 31 **Prozessgebühr, Verhandlungsgebühr, Beweisgebühr, Erörterungsgebühr**

(1) Der zum Prozessbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt erhält eine volle Gebühr

1. für das Betreiben des Geschäfts einschliesslich der Information (Prozessgebühr)
2. für die mündliche Verhandlung (Verhandlungsgebühr)
3. für die Verurteilung im Beweisausnahmeverfahren oder bei Anhörung oder Vernehmung einer Partei nach §613 der Zivilprozessordnung, auch in Verbindung mit §661 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (Beweisgebühr)
4. für die Erörterung der Sache, auch im Rahmen eines Versuchs zu gütlicher Beilegung (Erörterungsgebühr)

(2) Erörterungsgebühren und Verhandlungsgebühren, die denselben Gegenstand betreffen und in demselben Rechtszug, entstehen, werden aufeinander angerechnet

(3) Absätze 1 und 2 gelten auch für Scheinungsfolgesachen nach § 623 Abs. 1 bis 5, 3, § 621 Abs. 1 N° 1 bis 3, 6, 7 und 9 der Zivilprozessordnung und für Folgesachen einer Lebenspartnerschaftssachen (§ 661 Abs. 1 N° 5 und Abs. 2, § 623 Abs. 1 und 5 der Zivilprozessordnung)

¹¹⁸ ZPO § 794 **Weitere Vollstreckungstitel**

(1) Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1. aus Vergleich, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht oder vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle abgeschlossen sind, sowie aus Vergleich, die gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 oder § 492 Abs. 3 zu richterlichem Protokoll genommen sind; (..)

Siguiendo el peso de la tradición de la doctrina germana, el acuerdo debe ser negociado en la audiencia o a lo menos anunciado en la misma, normalmente, antes del inicio del debate sobre los demás temas que se deben abordar en la audiencia previa. En algunos casos, el acuerdo fue conducido por un tercero o por otro juez designado, precisamente este juez debe documentar el acuerdo alcanzado por las partes¹¹⁹. El acuerdo debe ser leído en voz alta en la audiencia previa.

La última reforma introdujo un procedimiento en que el juez puede hacer por escrito una propuesta de acuerdo a las partes. De aceptar la cita propuesta se dejará constancia de ello con la misma formalidad por orden del tribunal¹²⁰. Tan pronto suceda lo anterior, las partes representadas por sus apoderados judiciales pueden obtener beneficios del acuerdo *intraprocesal*¹²¹.

2.4.- Negociación y Mediación

La posible solución del conflicto a través de una actitud inhibitoria de las partes afectadas, no es una fórmula muy utilizada en el mundo germano. Es por ello que, de no asumirse una actitud inhibitoria, es posible que se pretenda alcanzar un intento de negociación *interpartes*, que supone una solución desde las mismas y a través de las mismas.

Así las cosas, en la escala de soluciones que se pueden adoptar, éste sería el que pretendería la menos intervención posible, dado que se trataría de un intento amistoso de alcanzar un resultado sin intervención de elemento ajeno a quienes se hayan afectados por el mismo.

Con todo, como señalamos en otra parte del trabajo, la práctica no muestra un bajo nivel de contactos entre los abogados de las partes en conflicto. Pero es posible que esta cultura cambie con el tiempo. No es posible negarse a esta posibilidad, especialmente si se considera el fuerte impacto del fenómeno de la integración europea y el gran influjo de la cultura anglosajona representada por Inglaterra.

¹¹⁹ ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., parágrafo 131, págs. 763 y ss.

¹²⁰ ZPO § 278 **Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich**

(6) Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. § 164 gilt entsprechend.

¹²¹ Sobre la constancia notarial ver: ZPO § 796c **Vollstreckbarerklärung durch einen Notar**

(1) Mit Zustimmung der Parteien kann ein Vergleich ferner von einem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk eines nach § 796a Abs. 1 zuständigen Gerichts hat, in Verwahrung genommen und für vollstreckbar erklärt werden. Die §§ 796a und 796b gelten entsprechend.

(2) Lehnt der Notar die Vollstreckbarerklärung ab, ist dies zu begründen. Die Ablehnung durch den Notar kann mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem nach § 796b Abs. 1 zuständigen Gericht angefochten werden.

Es posible que la negociación comporte la intervención de un tercero ajeno a las partes del conflicto. Es decir, se acude a un tercero o a varios terceros, que traten de alcanzar una solución ante la inoperancia o reacción de la intervención de las mismas partes en la solución del pleito¹²².

Se trata de una técnica típica de los sistemas occidentales (*civil law* y *commom law*), que permiten llegar a soluciones de consenso, a través de la cooperación en la búsqueda de una solución que favorezca a todos los implicados. Con todo, se debe tener presente que Alemania no tiene una cultura de negociación tan desarrollada como Estados Unidos de América o Inglaterra, si bien la posibilidad existe. De todos modos, estamos haciendo una referencia a la negociación parcial, llevada adelante por cada uno de los abogados de las partes en conflicto.

El medio más común a través del cual es posible llegar a un acuerdo es la mediación. Resulta significativo, a este respecto, el ascenso generado en los últimos decenios en la utilización de este instrumento en Alemania. En este sentido MÄHLER¹²³ señala que, la mediación puede considerarse como la más rápida de las intervenciones dirigidas a la obtención de una solución al conflicto planteado, y establece la diferencia con el arbitraje y el proceso judicial, en cuanto el mediador, a diferencia del árbitro y del juez, no dicta una solución al conflicto, de necesario cumplimiento, sino que su función consiste en proteger a las partes y colocarlas en condición de alcanzar o desarrollar un acuerdo.

Es más, en fechas recientes, las empresas alemanas han aumentado su aceptación de la mediación como forma de hacer frente a los conflictos que le afectan. Efectivamente, empresas como SIMENS o ERICSSON promueven instituciones como «*Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement*» (Asociación para la Mediación Comercial y Manejo de los Conflictos)¹²⁴. La «*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*» (Institución alemana de arbitraje) adoptó reglas de Conciliación / mediación que están en vigencia desde enero de 2002¹²⁵. Estas instituciones como también otras, entregan una infraestructura para el procedimiento de mediación. Las Universidades como la LUDWIG-MAXIMILIAN UNIVERSITÄT (München) mantienen centros de formación y estudio de la mediación. Es más aún, los propios tribunales tratan de incorporar procedimientos de mediación en los procedimientos jurisdiccionales que ellos dirigen. Por ejemplo en la Baja Sajonia seis tribunales participaron en un proyecto modelo para ganar experiencia en la mediación. Uno de esos tribunales es la Corte Regional (*Landgericht*) de Göttingen. En ella se reportó que unos 600 casos salieron del sistema hacia un procedimiento

¹²² GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., pág. 4 y ss.

¹²³ MÄHLER, HG., «Mediation-Seminare in der Bundesrepublik», *FamRZ*, 1989, págs. 903 y ss.

¹²⁴ <http://www.gwmk.org>

¹²⁵ <http://www.dis-arb.de>

¹²⁶ <http://www.lg-frankfurt.justiz.hessen.de>

de mediación de un total de 2000 el año 2003. Si lo vemos con detenimiento en sobre el 75% de casos las partes prefirieron un acuerdo entre ellas y después de la preparación de los jueces como mediadores un porcentaje alto era intraprocesal el acuerdo. Experiencias similares se realizaron en otras partes de Alemania, como en la Corte Regional de Frankfurt¹²⁶.

Con todo, aún queda mucho camino en Alemania para alcanzar los niveles de países como Estados Unidos de América.

2.4.1.- Marco Regulatorio

2.4.1.1.- Desarrollo de la Regulación Internacional.

La mediación está en la agenda de múltiples organizaciones intergubernamentales¹²⁷. En particular, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio Internacional adoptó una ley modelo sobre Conciliación Comercial Internacional¹²⁸ en 2002. La Organización Mundial por los Derechos de Propiedad Intelectual (WIPO, en inglés) posee un Centro de Arbitraje y Mediación. El Consejo de Europa está diseñando una recomendación de mediación civil. En 2002, la Comisión Europea presentó un libro verde sobre las soluciones alternativas al conflicto en asuntos comerciales y civiles, concentrando los esfuerzos políticos y legislativos, iniciativas y debates a nivel nacional, a nivel de la Unión Europea y a nivel internacional¹²⁹. Este libro verde apunta los riesgos que están afectando el Derecho, al acceso a los tribunales y la limitación de los períodos, y señala los estándares mínimos de calidad de las soluciones alternativas al conflicto que deben ser observados a nivel de la Unión Europea. En 2004, la Unión Europea también adoptó un Código de conducta de los mediadores¹³⁰.

Adicionalmente, la Unión Europea está preparando una Directiva sobre Asuntos de Mediación en Asuntos Comerciales y Civiles¹³¹.

2.4.1.2.- Mediación Obligatoria en el Derecho Alemán

Como señalamos en el apartado anterior, los Estados Federales poseen la opción de establecer como obligación anexa a la introducción a un tribunal, la realización de procedimientos de mediación en ciertos asuntos establecidos

¹²⁷ EIDENMÜLLER, A legal Framework for National and International Mediation Proceedings, *Recht der Internationalen Wirtschaft, International Dispute Resolution Supplement*, 2002, pág. 14.

¹²⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, United Nations document A/57/17 (<http://www.uncitral.org/en-index.htm>)

¹²⁹ http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0196en01.pdf

¹³⁰ http://europa.eu.int/eur-lex/en/comm/justice-home/enj/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

¹³¹ Ver la directiva del Parlamento Europeo COM (2004) 718, 22 october 2004 (http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2004/com2004_0718en01.pdf)

por ley. Esto se aplica, por ejemplo, en los asuntos de poca significancia, esto es, si el asunto involucra montos que no exceden los 750 euros. Si este procedimiento de mediación obligatorio (*obligatorisches Güteverfahren*) se aplica, entonces los interesados deberán someter su conflicto a través de una institución de conciliación registrada antes de presentar el conflicto ante los tribunales. Este tipo de procedimiento de mediación obligatorio previo al tribunal debe ser producido antes de la iniciación de los procedimientos judiciales. Cualquier acción entablada antes de este procedimiento obligatorio de mediación será denegada por inadmisibile por el tribunal.

Una vez que el procedimiento ante el tribunal ha sido iniciado, independientemente de si se exige o no un procedimiento obligatorio de mediación previa, los tribunales alemanes están obligados a iniciar una audiencia de conciliación, que antecede a la audiencia oral. La audiencia de conciliación pretende lograr que las partes alcancen un acuerdo y concluyan el litigio sin necesidad de sentencia. El tribunal evitará la audiencia de conciliación sólo si un intento anterior de llegar a un acuerdo ha fallado ya, o si los prospectos para un acuerdo son evidentemente inexistentes. La audiencia oral regular será, entonces, la siguiente etapa. Si una parte simplemente se opone a todo intento de conciliación, entonces el tribunal puede conducir la audiencia principal en la misma audiencia. Con todo, el tribunal ordenará un aplazamiento de los procedimientos judiciales regulares si ambas partes fallan en comparecer a la audiencia de conciliación¹³².

Además de los procedimientos de mediación exigidos por ley, los códigos de conducta para ciertas profesiones requieren que el potencial demandante intente una mediación con el profesional más importante de la asociación correspondiente antes de iniciar un procedimiento judicial o arbitral contra los otros miembros de la misma profesión.

Más aún, bajo ciertas circunstancias, la aplicación de la legislación sustantiva puede requerir el intento de composición amigable de los desacuerdos en el cumplimiento de los deberes contractuales. Por ejemplo, los tribunales reconocen un deber con respecto a ciertos contratos de construcción¹³³. Aunque este deber no crea un obstáculo procedimental para comenzar una acción ante los tribunales, el fracaso del intento de mediación puede, aun así, resultar en la pérdida de ciertos derechos sustantivos, como sería el caso de perder la facultad extraordinaria de terminar el contrato.

¹³²ZPO § 279 **Mündliche Verhandlung**

(1) Erscheint eine Partei in der Güteverhandlung nicht oder ist die Güteverhandlung erfolglos, soll sich die mündliche Verhandlung (früher erster Termin oder Haupttermin) unmittelbar anschließen. Andernfalls ist unverzüglich Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen.

Aparte de esos casos donde la ley o el código de conducta requieren procedimientos de mediación, corresponde a las partes llegar a acuerdos sobre cómo conducir el procedimiento de mediación.

2.4.2.- Acuerdos y Cláusulas de Mediación

En el Derecho alemán, el acuerdo sobre la mediación crea una relación contractual entre las partes contratantes.

2.4.2.1.- El Derecho alemán y los Acuerdos de Mediación

Cuando las partes acuerdan entregar ciertas disputas a mediación, ellas también establecen un procedimiento de mediación como condición previa a entablar procedimientos ante los tribunales o ante árbitros (mediación obligatoria), o ellas establecen la mediación como un medio suplementario para resolver la disputa (mediación optativa). Es aconsejado por muchos abogados alemanes el acordar una mediación optativa o, simplemente, una obligación de considerar la mediación como una opción¹³⁴.

El acuerdo de mediación debe definir como mínimo el ámbito del mismo, mediante la identificación de los asuntos sujetos a mediación. El acuerdo puede estar contenido en un acuerdo separado –comúnmente celebrado después de que la disputa surge– o puede constituirse como una cláusula en el contrato. Según la ley alemana, las partes son libres de elegir el Derecho sustantivo aplicable al acuerdo de mediación.

El Código de Procedimiento Civil Alemán no refiere específicamente a la mediación. Con todo, los Tribunales aplican por extensión algunas reglas propias del arbitraje a la mediación. Si no se pueden aplicar por analogía las reglas alemanas sobre el arbitraje, entonces se aplican las reglas generales del Derecho de los contratos.

En contraste con las reglas de acuerdos sobre arbitraje, el Derecho alemán no requiere explícitamente una forma específica de acuerdo de mediación. Así entendido, ningún tribunal alemán ha declarado inválido un acuerdo sobre mediación basado en defectos en la forma.

2.4.2.2.- Términos y condiciones generales

Las cláusulas de mediación, tanto sobre los términos y las condiciones generales, están sujetas al Código Civil Alemán (BGB)¹³⁵. Primero, un acuerdo de mediación se entenderá no formar parte del contrato si la cláusula de

¹³⁴ Ver como una muestra las sugerencias de la ICC en http://iccwo.org/index_adr.asp. También consultar: <http://www.cpradr.org/formbook/index.html>

mediación resulta tan inusual que no es posible esperar que la parte la considere como integrante de los términos y condiciones generales¹³⁶. En segundo lugar, los términos y condiciones generales son inválidos si sitúan a la parte en una condición irrazonablemente desventajosa, de modo contrario al principio de buena fe. Con respecto a las cláusulas de mediación, sólo circunstancias excepcionales podrán constituir este tipo de desventaja irrazonable para la parte. En circunstancias normales, una cláusula de mediación incluida en los términos y condiciones generales se espera que esté incorporada dentro de un contrato válido.

2.4.2.3.- Incumplimiento de la obligación de mediar

Si las partes han acordado una mediación obligatoria, ellas están obligadas a llevar un procedimiento de mediación. Hay dos vías por las cuales una parte puede violar esta obligación. Primero, de modo pasivo, siendo inactiva. En segundo lugar, de un modo activo, es decir, entablando una litigación en contravención con el acuerdo de mediación.

1) Deber de mediar

En la práctica, ninguna obligación a mediar puede ser realmente constreñida. Usualmente no habrá diferencia entre no participar en el procedimiento en absoluto, por una parte, y sólo participar del procedimiento sin ninguna intención de cooperar, por la otra. La obligación de mediar no implica el deber de la parte a llegar a un acuerdo sobre la disputa¹³⁷. A no ser que las partes hayan establecido en el contrato ciertas penalidades o tasación de daños, no hay sanción si la parte desiste de participar en el procedimiento de mediación. Mientras las partes no tengan el deber de llegar a un acuerdo sobre la disputa, sólo los costos o gastos producidos a lo largo del curso del procedimiento de mediación serán considerados como daños.

2) Inicio de la litigación en contravención del acuerdo de mediación

Si una parte inicia un procedimiento ante tribunales en contravención a un acuerdo contractual sobre mediación, los tribunales alemanes denegarán la acción como inadmisibile hasta que no se produzca previamente el procedimiento de mediación¹³⁸.

Puede ser que una parte desee evitar la mediación, en ese caso, ella sólo puede intentar dar término al acuerdo de mediación. Con todo, la legislación contractual alemana permite la terminación unilateral de

¹³⁶ BGB § 305 c (1)

¹³⁷ Ver artículo 3.3 del European Code of Conduct for Mediators: «The parties may withdraw from the mediation at any time without giving justification».

un acuerdo sólo en circunstancias delimitadas. Esas circunstancias pueden ser la frustración del contrato¹³⁹, por una parte, o la existencia de una «buena causa»¹⁴⁰, por la otra. Acorde con lo anterior, la parte de un acuerdo de mediación no puede simplemente evitar el deber contractual de mediar por terminación unilateral del acuerdo de mediación. Las circunstancias especiales -como por ejemplo el caso de que una parte no pueda pagar el procedimiento de mediación por escasez de fondos- sirven como un derecho extraordinario a la terminación unilateral; o permiten a la parte iniciar procedimientos ante los tribunales en desmedro del acuerdo de mediación¹⁴¹.

Si falla el intento de mediación obligatoria, y una parte inicia un procedimiento judicial y luego extiende o restringe su pretensión, la Corte Federal de Justicia ha sostenido que un intento de mediación sobre esa extensión o restricción de la pretensión no es necesario. La Corte afirmó que el objetivo del procedimiento de mediación obligatorio de ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo fuera de los tribunales no puede ser alcanzado ya en estos casos.

Es importante señalar que siempre es permisible solicitar medidas provisionales ante un tribunal, independientemente del deber de mediar¹⁴².

2.4.3.- Procedimientos de mediación

La legislación alemana no regula cómo deben ser conducidos los procedimientos de mediación. Acorde con lo anterior, las partes determinan por sí mismas cómo estructurar los procedimientos. Esto refleja un principio esencial de la mediación: Las partes poseen el poder de tomar las decisiones. Es aconsejable por las partes determinar los asuntos principales del procedimiento de mediación. Los aspectos principales son (i) el proceso durante los procedimientos de mediación, (ii) La relación entre los procedimientos de mediación y los procedimientos judiciales o arbitrales, (iii) la relación entre las partes y el mediador, y (iv) la conclusión del proceso de mediación.

Las disposiciones en cuestión pueden ser cortas, el simple establecimiento de los requisitos fundamentales. Lo más usual es el nivel de detalle del caso específico. El éxito de la mediación depende en gran medida

¹³⁹ BGB § 313

¹⁴⁰ BGB § 314

¹⁴¹ BGH, *Bundgerichtshofentscheidungen*, vol. 145, pág. 116.

¹⁴² Aplicación por analogía de la ZPO § 1033 **Schiedsvereinbarung und einstweilige gerichtliche Maßnahmen**

tanto de si las partes conciben el resultado como justo como de si se trata de una mejor alternativa en comparación con el resultado que obtendrían a partir de un procedimiento judicial o arbitral.

2.4.3.1.- Acuerdo en el procedimiento (aspectos a considerar)

Las partes deben acordar un mecanismo para designar al mediador y definir sus roles y funciones. En principio, el mediador ayuda a explorar ciertas alternativas y propone la base de una solución basado en el análisis de los intereses subyacentes de las partes. Adicionalmente, al mediador se le puede solicitar un informe, una opinión, una recomendación o una evaluación, que no queda registrado y es secreto. Otros puntos a considerar es la necesidad de audiencias orales, el deber de atender el procedimiento personalmente y asistencia a los abogados y, por supuesto, los costos, por ejemplo, los honorarios del mediador o mediadores y el mecanismo de pago. El horario de la mediación puede ser especificado, contemplando también una extensión o enmienda por el acuerdo. Adicionalmente, se deben prever ciertos mecanismos de designación del mediador en el evento de que las partes fracasasen en lograr un acuerdo en su nombramiento.

2.4.3.2.- La referencia a reglas de una institución de mediación

Las partes pueden hacer referencia a las reglas sobre mediación que una institución estableció para sí misma. Hoy en día, no existen estándares generalmente aceptados sobre reglas procedimentales que se apliquen a la mediación. Muchas instituciones nacionales y regionales como muchas cámaras de comercio han establecido una serie para proveer la mediación. En principio, es aconsejable optar por una institución u otra según sus procedimientos y porque sus reglas usualmente clarifican los requisitos para iniciar y conducir el procedimiento de mediación. Estas reglas usualmente prevén una vía sencilla de llegar a un acuerdo sobre un marco relativamente comprensivo para la mediación. Las reglas antes indicadas formarán parte del acuerdo **aun** así, es el mediador a quien le corresponde determinar el procedimiento de mediación.

2.4.3.3.- Mediación y los procedimientos en los tribunales.

1) Defensa del Acuerdo de Mediación.

Lo normal es que si las partes que han acordado una mediación obligatoria, entonces ellas confían en el acuerdo de mediación para oponerse ante el procedimiento judicial (*Einwand der Mediationsabrede*)¹⁴³. Es aconsejable para las partes determinar claramente en qué medida el proceso de mediación impide a las partes

¹⁴³ BGH, NJW, 1999, pág. 647.

tomar otras acciones antes o durante la mediación, en los casos que sea conveniente. Independientemente de cualquier acuerdo de mediación, está siempre permitido solicitar medidas provisionales y precautorias al tribunal¹⁴⁴.

2) Obligaciones Confidenciales.

Una mediación efectiva requiere confidencialidad. Aunque los abogados alemanes y los notarios están sujetos a códigos profesionales de conducta que garantizan la confidencialidad¹⁴⁵, ningún estatuto alemán prevé la confidencialidad para las partes de una mediación o para los mediadores en sus funciones como mediador. Las partes podrán acordar con el mediador que él mismo tiene el deber de confidencialidad durante y después de la mediación. Las partes pueden asegurar la confidencialidad entre ellas mismas en el sentido de un acuerdo de confidencialidad. Ellos pueden acordar el establecimiento de limitaciones a introducir cierta evidencia o información específica obtenida a través del procedimiento de mediación, posteriormente en el procedimiento judicial o arbitral.

3) Suspensión del período de limitación.

Todo deudor está facultado para rechazar la exigencia de la obligación si esta está prescrita. Por eso es importante que el plazo de prescripción de la obligación se suspenda mientras dure el procedimiento de mediación.

Desde el 1 de Enero de 2002, el Código Civil alemán establece que la iniciación de procedimientos de conciliación o mediación suspende el plazo si un centro de conciliación aprobado por el Estado ha sido llamado o el procedimiento ha sido iniciado amistosamente¹⁴⁶. En este evento, la suspensión termina seis meses después que los procedimientos han concluido o se han paralizado por falta de actividad¹⁴⁷. Con todo, esto no es totalmente claro desde el punto de vista de la ley. Más aún, ningún tribunal se ha pronunciado si acaso es suficiente que tan sólo una parte solicite el procedimiento de mediación basado en un acuerdo de mediación mientras que la otra parte se mantiene totalmente inactiva o se opone al procedimiento de mediación. Aun así, está claro que la existencia de un acuerdo general sobre mediación entre las partes posee un efecto continuo y vinculante en el sentido de que la parte que apela a un centro de conciliación aprobado por el Estado invocando el acuerdo de mediación suspende el plazo de prescripción. Aun así, esto se aplica solamente hasta que el

¹⁴⁴ Aplicación del ZPO § 1033 *mutatis mutandis*

¹⁴⁵ BRAO § 59 b (2)

¹⁴⁶ BGB § 204 (1) n° 4

¹⁴⁷ BGB § 204 (2)

acuerdo de mediación no sea válidamente terminado. Más aún, no es claro cuándo la regla se aplica a la mediación ajena a los procedimientos de conciliación en que el BGB § 204 (1) no.4 explícitamente se refiere. Esto es, un tribunal deberá sostener que los procedimientos de mediación acordes con las reglas del ADR de la Cámara Internacional de Comercio en París no cumplen completamente los requisitos de esta regla.

Es aconsejable para las partes determinar claramente cuándo el período de suspensión comienza en la mediación. Por ejemplo, la fecha en que el requerimiento es recibido por el secretario de la institución de mediación señalada, o la fecha en que la otra parte acepta guiarse según los procedimientos de mediación.

El transcurso del plazo de prescripción también se suspende durante la negociación del acuerdo¹⁴⁸. En este caso, la suspensión termina no antes de tres meses después de que la negociación falló. No está claro qué constituye «negociación» en el sentido de la legislación alemana. Si la otra parte es inactiva o se opuso a los procedimientos de negociación, esto no califica como negociación del acuerdo. Sin embargo, algunos autores sostienen que el transcurso del plazo de prescripción se suspende en el momento en que la negociación es solicitada por una parte. Más aún, no es claro cuándo la negociación termina, si una o ambas partes se vuelven inactivas después de haber comenzado la negociación.

2.4.4.- Acuerdo sobre los servicios del mediador.

Acorde con la legislación alemana, el mediador provee de sus servicios, basado en un contrato entre el mediador y las partes. Las cuestiones esenciales son los deberes del mediador, su remuneración y su responsabilidad.

2.4.4.1.- Deberes del mediador: Reglas de conducta profesional.

Normalmente, el contrato de prestación de servicios de mediación establece los deberes del mediador. La legislación alemana no establece reglas específicas sobre los deberes del mediador. A diferencia de lo que sucede con los abogados o los jueces, no hay un estatuto de reglas sobre la conducta de los mediadores.

El abogado que trabaja como mediador está sujeto a las reglas de conducta profesional del abogado¹⁴⁹. No le está permitido a un abogado aceptar un nombramiento como mediador si ha actuado ya como consejero

¹⁴⁸ BGB § 203

¹⁴⁹ *Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA)*, §18.

de una parte en el asunto disputado. Después de que los procedimientos de mediación han terminado, el mediador puede representar a una de las partes en un asunto distinto. Con todo, es una buena práctica que el propio mediador se restrinja a no representar a ninguna de las partes por cierto período después del procedimiento de mediación. Un abogado tiene el deber de declarar inmediatamente si no desea o si no le está permitido actuar como mediador en una disputa dada¹⁵⁰. Un abogado tiene que cumplir con la confidencialidad durante y después del procedimiento de mediación, y tiene que asegurar rapidez y eficiencia en los procedimientos¹⁵¹. Pueden haber deberes y responsabilidades adicionales para el mediador si una parte no es representada por un abogado.

Personas sin admisión en el Colegio de abogados pueden también trabajar como mediadores. Con todo, en Alemania está prohibido prestar asesoría jurídica sin una autorización oficial¹⁵². Toda actividad dirigida a proteger derechos de otras personas, o configurar sus relaciones jurídicas, por ejemplo, el diseño de una base de acuerdo, será considerada como asesoría legal¹⁵³. Una violación de estas reglas puede ser punible con 5.000 euros y puede resultar en responsabilidad por sobre los límites acordados en el contrato de prestación de servicios de mediación.

Una forma de definir los deberes del mediador es por referencia a cierto código de conducta. El Código Europeo de Conducta de los Mediadores, por ejemplo, prevé ciertas reglas sobre estándares mínimos que los mediadores pueden usar como referencia¹⁵⁴. Este código establece un conjunto de principios básicos sobre la independencia e imparcialidad del mediador, los medios para conducir el procedimiento de mediación, el término de los procedimientos, honorarios y confidencialidad. Muchas instituciones de mediación prevén sus propias reglas de conducta para los mediadores que actúan bajo sus propias reglas de procedimiento, como las del gwmk Reglas de Conducta de los Mediadores.

2.4.4.2.- Remuneración del mediador.

Normalmente, la remuneración del mediador está basada en el contrato de prestación de servicios del mediador. No hay una regulación oficial acorde con la cual se determine o se establezca lo que el mediador deba cobrar por sus servicios. Un abogado que actúa como mediador llegará a un acuerdo sobre los honorarios con las partes¹⁵⁵. Normalmente, el acuerdo sobre honorarios establece un cálculo basado en la duración del procedimiento de

¹⁵⁰ BRAO, § 44 (1).

¹⁵¹ BRAO, § 43 a.

¹⁵² *Rechtsberatungsgesetz*, artículo 1 § 1.

¹⁵³ OLG Rostock, sentencia de 16 de mayo del 2001.

¹⁵⁴ http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_list_org_en.pdf

mediación. Los honorarios por cada hora varían dentro del rango de 200 euros a 450 euros. Los acuerdos sobre los honorarios también deberán incluir cláusulas que regulan cuándo la fase de preparación y la fase post-procedimental que realiza el mediador son consideradas como bases para el cálculo de los honorarios, y cuándo el mediador ganará un honorario adicional por ayudar a las partes por el diseño del borrador que establece el acuerdo. En ausencia de un acuerdo válido sobre los honorarios, la legislación civil general afirma que los mediadores tienen derecho a la «remuneración usual»¹⁵⁶.

2.4.4.3.- Responsabilidad de los mediadores

No hay un estatuto específico sobre la responsabilidad de los mediadores. Más aún, no hay jurisprudencia en Alemania al respecto. Sin embargo, es claro que los mediadores pueden limitar su responsabilidad por el acuerdo.

Esencialmente, las demandas contra el mediador deben basarse en (i) incumplimiento contractual, y (ii) el Derecho de daños¹⁵⁷. Particularmente sobre el derecho contractual, la responsabilidad surge si el mediador falla en cumplir sus deberes y si causa daño a una parte. En principio, el acuerdo sobre los servicios del mediador define esos deberes respectivos. Si los deberes han sido definidos en referencia al código de conducta de los mediadores de una institución, un incumplimiento de esas reglas usualmente no provee de bases suficientes para demandar contra el mediador a no ser que el incumplimiento constituya uno de los casos específicos en que también un juez incurriría en responsabilidad según la legislación alemana aplicable. Los deberes esenciales pueden ser también deducidos a partir de los propósitos del procedimiento de mediación, tales como el deber de facilitar la solución de la disputa y actuar imparcialmente durante el procedimiento. El Código Europeo de Conducta de los Mediadores puede proporcionar, además, cierta orientación sobre los deberes del mediador en la Unión Europea. Sin embargo, es altamente recomendable definir claramente el rol del mediador, sus deberes, y cualquier limitación en la responsabilidad del mediador. Si el mediador es un abogado o un notario, el código de conducta profesional respectivo constituye fuente de deberes adicionales, cuyo incumplimiento puede resultar en responsabilidad adicional.

A no ser que se acuerde lo contrario, las demandas contra el mediador prescriben después de 3 años. Este plazo se comienza a contar a partir del término del año en el cual surgió la demanda y la parte obligada toma noticia de las circunstancias que dan origen a la demanda o cuando debería haberlas sabido¹⁵⁸.

¹⁵⁶ BGB § 612 (2)

¹⁵⁷ BGB §§ 823 y 826. También confrontar con el excelente trabajo del Profesor Dr. PRÜTTING, en HAFT/SCHLIEFFEN, *Handbuch Mediation*, 2002, pág. 31.

¹⁵⁸ BGB § 199 (1). En caso de ser abogados ver BRAO § 51 b.

2.4.5.- Conclusión del procedimiento de mediación

Los procedimientos de mediación pueden terminar por distintas vías. Esencialmente, las partes pueden alcanzar un acuerdo que soluciona todo o parte de la disputa, o la disputa se mantiene abierta.

Para aquella parte de la disputa que se mantiene abierta es aconsejable que las partes determinen el fin del procedimiento de mediación y qué pasará después. Las partes no están necesariamente obligadas a iniciar un procedimiento judicial o arbitral. Las partes pueden haber acordado que previo al procedimiento arbitral será obligatorio, o estará simplemente permitido, un procedimiento de mediación que fracasó. Esto puede facilitar a que las partes presten su consentimiento a resolver su disputa en el propio procedimiento de mediación.

Las partes pueden optar a que el mediador pase a ser árbitro. La legislación alemana no establece ningún obstáculo para hacer esto siempre que se realice sobre la base de un deber de imparcialidad del árbitro por sobre su compromiso con la mediación. Sólo las razones que surjan después de la nominación del árbitro, calificarán como razones para un potencial rechazo desde que las partes ya hayan acordado previamente su nominación como mediador¹⁵⁹. Con todo, un mediador no querrá ser árbitro por temor a los graves efectos que puede producir en la mediación. Las partes tendrán así ciertas reservas a la hora de discutir ciertos temas ante el mediador, si ese mismo sujeto puede después acceder a una posición de imponer una decisión obligatoria como árbitro.

2.4.5.1.- El acuerdo.

Un acuerdo alcanzado durante la mediación es vinculante según el Código Civil Alemán¹⁶⁰. Concretamente, un compromiso es un contrato a través del cual la disputa o la incertidumbre de las partes respecto de relaciones jurídicas es resuelto mediante las concesiones mutuas. Cualquier contenido es admisible siempre y cuando se encuentre dentro de los límites establecidos por el Derecho contractual.

No hay particulares requisitos de forma para el establecimiento del acuerdo. Con todo, los requisitos de forma son los propios del Derecho

¹⁵⁹ ZPO § 1036 **Ablehnung eines Schiedsrichters**

(1) Eine Person, der ein Schiedsrichteramt angetragen wird, hat alle Umstände offen zu legen, die Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Ein Schiedsrichter ist auch nach seiner Bestellung bis zum Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens verpflichtet, solche Umstände den Parteien unverzüglich offen zu legen, wenn er sie ihnen nicht schon vorher mitgeteilt hat.

¹⁶⁰ BGB § 779.

¹⁶¹BGB § 311.

contractual general aplicable al establecimiento del acuerdo. El establecimiento de un acuerdo requiere, por ejemplo, la notarización si el acuerdo contiene una obligación de adquirir o enajenar de propiedad sobre un bien raíz¹⁶¹; o para la transferencia de participaciones en una compañía de responsabilidad limitada¹⁶².

2.4.5.2.- Actuación deficiente en la negociación del acuerdo.

Si una parte no cumple sus obligaciones establecidas en el acuerdo en tiempo y forma, o las cumple sólo parcialmente, la legislación alemana contempla específicas conductas o daños. El deudor debe compensar al acreedor por cualquier daño que surja a partir del incumplimiento. Además, las partes pueden acordar en el contrato ciertas consecuencias, como la pérdida de ciertos derechos, penalidades, daños cuantificados, mayores compensaciones¹⁶³.

2.4.5.3.- Ejecutabilidad del acuerdo negociado.

Un prerequisite de la ejecutabilidad de demanda es siempre la ejecutabilidad del instrumento. Las partes pueden considerar las siguientes alternativas para obtener un instrumento ejecutivo con respecto a las reclamaciones que surgen del acuerdo establecido: (i) Escritura pública ante notario público alemán, (ii) un acuerdo ejecutivo establecido entre abogados, (iii) un acuerdo establecido ante un Centro de Conciliación aprobado por el Estado; (iv) un acuerdo establecido ante el tribunal; o (v) una adjudicación en los términos acordados.

1) Escritura otorgada ante notario público alemán.

La escritura otorgada ante notario público alemán es un título ejecutivo si el deudor ha aceptado específicamente la ejecución inmediata del documento. La escritura adquiere ejecutabilidad en toda la Unión Europea. Las partes deben estar atentas de los costos relativamente altos de la notarización, ya que están calculados sobre la base del monto en disputa. Esta alternativa puede ser conveniente si el propio notario público alemán participa del procedimiento de mediación.

2) Ejecutabilidad del acuerdo negociado por abogados.

El acuerdo establecido por los abogados en representación de, y autorizados por, de las partes que ellos representan, se puede volver ejecutivo de dos formas. A solicitud de parte, el tribunal puede declarar

¹⁶² Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) § 15.

¹⁶³ BGB § 339.

el acuerdo como ejecutivo si los siguientes requisitos se cumplen: (i) el deudor **ha** aceptado específicamente la ejecución inmediata del acuerdo, (ii) el instrumento del acuerdo ha sido depositado en el tribunal competente del lugar en que una de las partes podría haber sido demandada acorde con las reglas generales sobre jurisdicción vigente al tiempo en que el acuerdo se celebró; y (iii) en el acuerdo consta la fecha en que fue firmado¹⁶⁴. Con el consentimiento de las partes, el acuerdo puede también ser declarado ejecutable por un notario y dejado en su custodia tanto tiempo como el notario posea un asiento en el distrito del tribunal correspondiente a la residencia o asiento de una de las partes¹⁶⁵. Mientras los abogados representan normalmente a las partes, esto provee de un medio conveniente para obtener un instrumento ejecutivo.

3) Acuerdo ante un Centro de Conciliación aprobado por el Estado.

Las partes pueden concluir un acuerdo ante un Centro de Conciliación aprobado por el Estado (*Gütestelle*)¹⁶⁶. Por ejemplo, los notarios de Bavaria y los abogados que realizan esta función autorizados y certificados por la asociación gremial (colegio de abogados) para estos asuntos. Con todo, otras instituciones privadas carecen de este certificado. La situación varía de un Estado federal a otro. Los centros de conciliación aprobados por el Estado pueden resultar más relevantes en el futuro.

¹⁶⁴ ZPO § 796 a **Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung des Anwaltsvergleichs**

(1) Ein von Rechtsanwälten im Namen und mit Vollmacht der von ihnen vertretenen Parteien abgeschlossener Vergleich wird auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt, wenn sich der Schuldner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat und der Vergleich unter Angabe des Tages seines Zustandekommens bei einem Amtsgericht niedergelegt ist, bei dem eine der Parteien zur Zeit des Vergleichsabschlusses ihren allgemeinen Gerichtsstand hat.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn der Vergleich auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist oder den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft.

(3) Die Vollstreckbarerklärung ist abzulehnen, wenn der Vergleich unwirksam ist oder seine Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde.

¹⁶⁵ ZPO § 796 c **Vollstreckbarerklärung durch einen Notar**

(1) Mit Zustimmung der Parteien kann ein Vergleich ferner von einem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk eines nach § 796a Abs. 1 zuständigen Gerichts hat, in Verwahrung genommen und für vollstreckbar erklärt werden. Die §§ 796a und 796b gelten entsprechend.

(2) Lehnt der Notar die Vollstreckbarerklärung ab, ist dies zu begründen. Die Ablehnung durch den Notar kann mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem nach § 796b Abs. 1 zuständigen Gericht angefochten werden.

¹⁶⁶ ZPO § 794 **Weitere Vollstreckungstitel**

(1) Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1. aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht oder vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle abgeschlossen

4) Acuerdo en Tribunales.

Si existen procedimientos judiciales pendientes, las partes podrán alcanzar un acuerdo en el tribunal¹⁶⁷. La acción pendiente puede, así, ser usada como un medio para obtener un título ejecutivo. Los registros de las declaraciones de las partes en las minutas de la audiencia del tribunal sustituyen la autenticación ante el notario¹⁶⁸, y se entiende cumplido los requisitos necesarios. El reconocimiento y legitimación de los acuerdos en los tribunales en la Unión Europea está facilitado por el artículo 58 del EC regulación No. 44/2001.

5) Adjudicación en los términos acordados.

Una vez que las partes han establecido su disputa durante el procedimiento de mediación, ellas pueden elegir si nombrar al mediador como árbitro. Este árbitro puede transformar este establecimiento en una «adjudicación en los términos acordados». Una adjudicación en los términos acordados es válido en prácticamente cualquier parte del mundo, eso sí, la mayoría de los países requieren que esta adjudicación en los términos acordados sea dentro del alcance de la Convención de New York. Aun si este proceso produce una adjudicación en los términos acordados válida bajo la legislación alemana, aun así, no ha sido decidido por el tribunal.

2.4.6.- Campos de aplicación clásicos

En Alemania son diversas las materias a las que se está derivando la mediación, como mecanismo de lo que se denomina *Alternative in der Ziviljustiz*, si bien en unos campos más que en otros el desarrollo de la misma es más elevado, fundamentalmente por el tiempo que lleva utilizándose la actuación de un mediador en la búsqueda de una solución de consenso. Así es posible identificar:

a) *Procesos de separación y divorcio*

Fundamentalmente la intervención del mediador se acoge con aceptación cuando entran en juego menores de edad. Lo que se pretende con la mediación es que el tercer-mediador potencie la cooperación y la comunicación entre los cónyuges, a fin de alcanzar una decisión responsable, consensuada por los mismos¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ BGB § 127 a.

¹⁶⁹ WERNER-SCHNEIDER, C., «Kann Mediation die «strukturelle Rücksichtslosigkeit» bei Familienarbeit überwinden?», *FPR*, 1996, pág. 26.

Como señala PROKSCH² frente a lo que ha venido siendo una constante habitual en el Derecho norteamericano, donde la mediación en familia ha estado presente en la búsqueda de una solución a los problemas que subyacen tras las crisis familiares, en la República Federal de Alemania ha comenzado sólo en los años noventa del siglo pasado con proyecto piloto que se adscribe al Ministerio de Justicia con el fin de potenciar este cauce en los conflictos familiares. Significativa fue la fundación el año 1992 de la Comunidad laboral alemana para la mediación familiar en la Academia Evangelista Bad Boll, de la que partieron una serie de Jornadas sobre mediación en Familia (participando tanto juristas como psicólogos). En esta línea se han venido celebrando Jornadas hasta nuestros días.

b) *Conflictos medioambientales*

En este campo también se ha pretendido la utilización de la negociación por un tercero neutral que ejerza funciones de mediador.

c) *Derecho económico, conflictos laborales, los conflictos vecinales, las cuestiones sobre arrendamiento e incluso cuestiones que afectan a los consumidores.*

En aquellos casos en que el grado de conflictividad podría suavizarse, resolverse o diluirse sin convertirla en litigiosidad, mediante la intervención de un tercero-mediador, que responda a los deseos de los sujetos afectados de obtener una respuesta a la posible discrepancia existente entre los mismos.

d) *Delincuencia juvenil*

Este ámbito se encuentra muy desarrollado en Alemania. Pero, al no ser objeto del estudio encargado por el Ministerio de Justicia, no se abordará en estas líneas.

Así las cosas, para fijar las notas características de la mediación y sus elementos configuradores, puede tenerse en cuenta la opinión de BREIDENBACH¹⁷¹, que resalta el carácter complementario del proceso civil, mas no sustitutivo. No se trata de un mecanismo sustitutivo del proceso, sino de complementar cuanto allá no sea posible de alcanzar. Destaca **que** en materia de familia, la mediación adquiere una dimensión multipolar, en cuanto no sólo trata de alcanzar una solución última al conflicto que se suscita ante la crisis del matrimonio, sino que se pretende encausar cuantas cuestiones puedan bajarse al proceso de separación, sobre todo aquellas en que se caracterizan por la dimensión emocional. Efectivamente, para el autor citado, no se trata de un medio garantizador de que el conflicto ya está resuelto, si bien responde a los

¹⁷⁰ PROKSCH, R., «Praxiseinführung eines Modellkonzeptes kooperativer Vermittlung Mediation», *FPR*, 1996, pág. 8.

¹⁷¹ BREIDENBACH, S., «Mediation-Thesen zur Notwendigkeit eines komplementären Konfliktbehandlungsansatzes», *FPR*, 1996, pág. 5.

parámetros de autonomía de la voluntad que permiten analizar y tratar de alcanzar la solución desde estas intervenciones de las partes. En suma, la decisión de acudir o no aquí se postula desde un prisma de elección de las partes, de libertad, de manera que son éstas las que deciden elegir el acudir a una mediación o dirigirse directamente a un órgano jurisdiccional. BREIDENBACH¹⁷² expone los beneficios temporales y económicos que implican la obtención de una solución a través de la mediación, sin acudir a los órganos jurisdiccionales y al proceso civil.

Otros autores¹⁷³ exponen las fases que debe seguir un proceso de mediación para llegar al final con progresos en el mismo, es decir, con la posibilidad de alcanzar una solución al conflicto planteado. Así las cosas, las fases son las siguientes:

1. Introducción preparación de la mediación, que vendría a formalizarse mediante el oportuno contrato
2. Recopilación de los aspectos concretos que sean convenientes en la negociación
3. Desarrollo de nuevas opciones y posibilidades
4. Negociar y decidir
5. Preparación, conclusión y revisión del acuerdo

2.5.- Conciliación

En la versión original de la *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1877, en su regulación se contemplaba la obligatoriedad de celebrar un acto de conciliación con carácter previo a la realización del proceso civil. La negativa experiencia provocó que en 1924 se suprimiera la obligatoriedad, salvo la referida a determinados supuestos muy concretos.

En ese movimiento de búsqueda de soluciones *Alternative in der Ziviljustiz* también en Alemania se ha dejado sentir en los últimos decenios. Efectivamente, algún atisbo de integrar en el sistema alemán fórmulas para nada desconocidas en el mismo, si bien con poco público hasta la fecha.

El parágrafo 279 de la ZPO regula con carácter general para todos los asuntos civiles un posible intento de acto de conciliación, siendo viable no sólo en la primera instancia, sino también en la fase de recursos (Casación). Esta regulación general se refiere a la posible utilización de la conciliación de manera voluntaria¹⁷⁴.

¹⁷² BREIDENBACH, S., «Mediation-Thesen zur Notwendigkeit eines komplementären Konfliktbehandlungsansatzes», op. cit., págs. 6 y ss.

¹⁷³ ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 35 y ss.

¹⁷⁴ BAUMBACH, ADOLF; LAUTERBACH, WOLFGANG; ALBERS, JAN; y, HARTMANN, PETER, *Zivilprozessordnung*, CH. Beck, München, 2003, págs. 1024 y ss.

Respecto a la cuestión de quién será el que debe llevar a cabo la labor de conciliación, se trata de una *función judicial*, lo que significa que la misma podrá, de acuerdo a LEIPOLD¹⁷⁵ llevarse a cabo ante el tribunal que conozca del proceso, o bien puede llevarse a cabo ante un juez comisionado o delegado, para lo cual se necesita una resolución que así lo permita, salvo que sean las partes las que de común acuerdo así lo decidan; y, por último, es posible que se celebre ante un juez unipersonal que actúa en representación del órgano colegiado.

La comparecencia preparatoria (*Vorbereitung des Haupttermins*) se regula en los parágrafos 272 a 276, que fueron redactados de acuerdo en los actuales términos después de una gran reforma que sufrió la ZPO el año 1977. De la misma se puede afirmar que una vez presentada la demanda es facultad del presidente el determinar si esta actuación se realiza mediante una comparecencia preliminar oral o bien mediante un procedimiento escrito previo. Las finalidades a que se dirige, además de preparar la comparecencia principal del debate de fondo, pudiendo a tal efecto el tribunal a través del parágrafo 275 adoptar cualquier medida que se considere como complementaria a los efectos de conseguir preparar la comparecencia principal, puede dirigirse también a poner fin al litigio, incluso por vía de transacción, por renuncia o por allanamiento o incluso que se dicte una resolución sobre el fondo en los casos de rebeldía¹⁷⁶.

Esta vía por tanto, podría servir a los efectos de evitar o poner fin al proceso civil pendiente, pese a que parece que su destino originario era el de delimitar, concretar y perfilar el debate del proceso principal, que se convertirá en el fondo del asunto a discutir en la celebración de la comparecencia principal¹⁷⁷.

Aquí también estamos ante una vía atribuida como función a los jueces, que no es sino también una fórmula de conciliación, semejante a la comparecencia previa española. También nos encontramos con una nota que sirve para diferenciar la posición del mediador respecto de la del conciliador: el mediador, además de la función tendiente a aunar intereses, a paliar las crispaciones de las partes, intenta que las partes aproximen sus posiciones y que sean éstas las que realmente lleguen a una solución consensuada del conflicto; el mediador puede ser cualquier persona que, por

¹⁷⁵ LEIPOLD, DIETER, (STEIN-JONAS), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (tomo III), Mohr, Tübingen, 1997, págs. 392 y ss.

¹⁷⁶ JAUERNIG, OTHMAR, *Zivilprozessrecht*, Beck, München, 2003, pág. 61.

¹⁷⁷ En este sentido: BAUMBACH, ADOLF; LAUTERBACH, WOLFGANG; ALBERS, JAN; y, HARTMANN, PETER, *Zivilprozessordnung*, op. cit, págs. 1010.

sus conocimientos y experiencia profesional, pueda participar en esa tarea de integración; por su parte en la conciliación se lleva a cabo una comparecencia obligatoria o facultativa de las partes, pero lo es ante una autoridad designada por el Estado, para que por medio de su presencia (sólo por ella y no por la labor activa de los mediadores) puedan solucionar el conflicto de intereses que las ha colocado en tal situación de litigio. Además, no se puede dejar de lado que el resultado de la mediación carece de efectos en el ordenamiento jurídico, mientras que los de la conciliación tienen atribuidos unos efectos jurídicos en relación con los que se ha convenido en la conciliación.

SISTEMA PROCESAL CIVIL ITALIANO

1.- Aspectos generales

En Italia la cultura jurídica no es reacia a un intento de búsqueda de soluciones a la crisis que afecta al sistema procesal civil. Con todo, no existe en este país, todavía, una cultura de alternativas semejante a la que, desde los Estados Unidos de América, se va infiltrando en los sistemas procesales de la Europa central.

El legislador italiano en los últimos decenios ha realizado una labor importante, a través de las continuas reformas del *Codice di Procedura Civile* de modernización del ámbito del enjuiciamiento civil. En todo caso, si bien refleja una inquietud del legislador ante la necesaria modificación del marco legal del proceso civil, no todas han sido exitosas en la práctica.

La excesiva duración de los juicios civiles sigue siendo «el gran problema del Derecho Procesal Civil italiano»¹⁷⁸. En este sentido, el profesor PROTO PISAN¹⁷⁹, en 1987, señalaba, que frente al hecho del exceso de número de asuntos pendientes, tanto en la primera instancia como en apelación y en casación, el que hoy sigue aumentando, genera una mayor duración de los procesos. Considera el autor que lo más grave es que la justicia que se ofrece no da con frecuencia el resultado de calidad que se pretende. Todo ello genera una progresiva desconfianza en los operadores respecto de la posibilidad de remediar la crisis en un plazo razonable¹⁸⁰. La respuesta que viene dando la dogmática a la crisis no es otra que los medios procesales no son los adecuados para resolver cuantas cuestiones se suscitan.

Para una parte de la doctrina italiana¹⁸¹, las causas de la crisis del enjuiciamiento civil italiano son múltiples, entre las que se puede nombrar:

¹⁷⁸ En este sentido: DENTI, VITTORIO, *La giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2004, pág. 85. Un análisis de la situación internacional se puede consultar, entre otros: RIVA TREPAT, CRISTINA, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, *passim*.

¹⁷⁹ PROTO PISAN, ANDREA, «Emergenza nella giustizia civile», *Foro italiano*, número V, 1987, págs. 2 y ss.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ CHIARLONI, S. «Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civil», *Foro italiano*, 1991, pág. 658.

- La gran disminución de los procesos de pequeña cuantía
- La creciente utilización del arbitraje
- El afianzamiento de mecanismos de auto tutela incardinados de los «nuevos contratos mercantiles», que favorecen al contratante más fuerte
- El recurso a formas variadas de autorregulación corporativa de los conflictos
- La difusión de prácticas de exacción de los créditos en determinadas provincias italianas, consistentes en utilizar mecanismos de intimidación del deudor por obra de los sectores del crimen organizado (*la cosa nostra*)

Con todo, del análisis anterior cabe poner de relieve el aumento creciente de los sistemas alterativos de solución de conflicto en el Estado italiano. Detrás de esta huida del proceso judicial se encuentra la idea de hacer uso de modelos menos formales y más rápidos que los que ofrece el Estado.

El evidente aumento del nivel de conflictos, no sólo en cantidad sino también complejidad de los mismos, en Italia produce el efecto de difuminar las fronteras geográficas y económicas del Estado, provocando de pasada la inoperancia del Poder Judicial.

Así las cosas, nos corresponde delimitar el objeto de nuestro análisis a los mecanismos tratados en todos los anteriores sistemas, a saber: negociación, mediación y conciliación.

2.- **Negociación y mediación**

La intervención negociadora de los letrados de ambas partes es un técnica que refleja la actitud de colaboración en la búsqueda de una solución que satisfaga a sus clientes. También en Italia es de amplia utilización.

Una de las fórmulas clásicas de negociación es la que se realiza a través del mediador. A diferencia de otros sistemas que han sido objeto de análisis en otra parte de este trabajo, no existe una abundante bibliografía sobre el tema que nos muestre el desarrollo de esta técnica como medio de solución de los conflictos. Pero ello no obsta para que en la Ley de 21 de marzo de 1958 y en el Reglamento de 6 de noviembre de 1960 se regulara la disciplina de la mediación desde el punto de vista de su profesionalidad. E incluso que se afirme que nada importa que se trate de un mediador ocasional o de un mediador profesional; a ambos se les debe aplicar el régimen

establecido en las disposiciones anteriores. No debe olvidarse que el Código Civil italiano, en sus artículos 1754 a 1765, y 2950 se refiere a esta institución, si bien analizada desde el punto de vista material.

El sistema italiano define al mediador como aquel que no sólo pone en relación a dos o más partes para la decisión de un asunto, sino también quien se interpone entre las mismas para inducirles a que efectivamente alcancen el acuerdo.

En Italia las expresiones mediación y conciliación son utilizadas, de manera corriente, como sinónimos. Si bien, ello no es completamente errado para la doctrina de aquel país, se pone de manifiesto que se debe realizar dos precisiones al respecto de los conceptos antes señalados¹⁸²:

a) La primera atiende al sistema jurídico italiano. Efectivamente, desde el punto de vista del Código Civil, la palabra mediación tiene un régimen jurídico preciso (arts. 1754 y ss. CC.). El contrato de mediación persigue la finalidad de poner en contacto a los sujetos con el norte de concluir con el conflicto, mientras el procedimiento de ADR se entiende que interviene, ante dos o más partes que pueden o no estar vinculados por una relación contractual.

b) La segunda consideración apunta al origen semántico de la expresión. Efectivamente, proviene del latín *mediare* que significa «ejercer de medio». Cuestión que marca la función del mediador, imponiendo un rol de neutralidad. Como hemos visto en los casos anteriores, esta posición es la que debe tener el conciliador en el procedimiento. Pero el mediador debe desempeñar un rol más activo en el mismo.

3.- Conciliación

El sistema procesal civil italiano también reconoce la conciliación en su estructura. Efectivamente, para la dogmática italiana la conciliación es un instrumento de composición de la controversia que se funda en la voluntad de las partes, con la intervención de un tercero encargado de provocar el encuentro de las voluntades de las partes (*concilium*)¹⁸³.

Pero para poder analizar la institución debemos hacer algunas precisiones. El legislador italiano cambió el régimen de la conciliación por Ley de 14 de marzo de 2005. Así las cosas, analizaremos primero el régimen anterior a la reforma y luego el posterior a la misma.

¹⁸² DI ROCCO, MAURICIO y SANTI, ANGELO, *La Conciliazione*, Giuffrè, Milano, 2003, págs. 23 y ss.

¹⁸³ PUNZI, CARMINE, «Conciliazione ed arbitratto», *Rivista di Diritto Processuale*, 1992, pág. 1031.

En el sistema anterior a la reforma de 2005 el artículo 183 del *Codice di Procedura Civile*¹⁸⁴

regulaba la denominada *prima udienza di trattazione*, donde el juez interrogaba libremente a las partes presentes y, cuando la naturaleza de la causa lo consiente, intenta la conciliación. Cabe destacar que desde 1995 el trámite de conciliación es obligatorio. En la regulación anterior se trataba de una actuación potestativa que se llevaba a cabo en el proceso italiano con el fin de preparar el juicio, de manera que su contenido era muy similar a la antigua audiencia innominada de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, sirviendo a los efectos de precisar y modificar, en su caso, las excepciones y conclusiones que hubieren formulado en los actos introductorios, servía para verificar de oficio la regularidad de la relación jurídico-formal del proceso, con la posibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo¹⁸⁵.

Resulta, sin embargo significativo también la importancia que pretende otorgarse a la conciliación extrajudicial como medio alternativo de resolución de disputas¹⁸⁶, donde, bajo esta denominación, pretende atribuirse funciones de mediación y de conciliación a órganos concretos delimitados en las cámaras de comercio, dedicados a dirimir los conflictos o contiendas que se susciten, sobre todo entre las empresas y los consumidores y usuarios. Se trata,

¹⁸⁴ Art. 183 Codice di Procedura Civile: **Prima udienza di trattazione**

Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Entrambe le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.

Se richiesto, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'articolo 184".

¹⁸⁵ Para un análisis más profundo de la situación anterior y posterior a la reforma de 1995 en el sistema procesal civil italiano consultar por todos: LUISSO, FRANCESCO (con CONSOLO, CLAUDIO y SASSANI, BIANCA), *Comentario alla riforma del processi civile*, Giuffrè, Milano, 1996, págs. 139 y ss.

¹⁸⁶ En este sentido confrontar el trabajo de: CHIARLONI, S. «La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione della dispute», *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, págs 694 y ss.

por tanto, de otro tipo de conciliación diferente a aquella que se desarrolla por los jueces conciliadores, en cuanto al carácter judicial de ésta¹⁸⁷.

Con la reforma de 2005 el artículo 183 del *Codice di Procedura Civile* lleva por título «*prima comparizione della parti e trattazione della causa*»¹⁸⁸. En la citada comparecencia la nueva regulación cambia el contenido de la misma dejando en meramente facultativa las facultades de conciliación del

¹⁸⁷ Para poder ejercer esa función de conciliación extrajudicial fue necesario llevar a cabo una reorganización de las cámaras de comercio, y con ella de una aparición de órganos específicos de conciliación dentro de las mismas. En este sentido, como apunta CHIARLONI (CHIARLONI, S. «La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione della dispute», op. cit., pág. 702), se hizo necesario que se de la oportunidad de difundir entre los asociados y entre los consumidores esta posibilidades que, en suma, evitaría el tener que acudir ante los órganos jurisdiccionales y por medio del proceso.

¹⁸⁸ Art. 183 Codice di Procedura Civile: «**Prima comparizione delle parti e trattazione della causa.**

All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall'articolo 102, secondo comma, dall'articolo 164, secondo, terzo e quinto comma, dall'articolo 167, secondo e terzo comma, dall'articolo 182 e dall'articolo 291, primo comma.

Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice fissa una nuova udienza di trattazione.

Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta, fissa l'udienza per la comparizione personale delle parti, al fine di interrogarle liberamente. La mancata comparizione senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Quando e' disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore e' valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Nella stessa udienza l'attore puo' proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Puo' altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza e' sorta dalle difese del convenuto. Le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.

Se richiesto, il giudice concede alle parti un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte, e per produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova, nonché un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime, e per l'indicazione di prova contraria. Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice si riserva di provvedere sulle richieste istruttorie con ordinanza pronunciata fuori dell'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni, fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. L'ordinanza di cui al sesto comma e' comunicata a cura del cancelliere entro i tre giorni successivi al deposito, anche a mezzo telefax, nella sola ipotesi in cui il numero sia stato indicato negli atti difensivi, nonché a mezzo di posta elettronica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi. A tal fine il difensore indica nel primo scritto difensivo utile il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere gli atti».

juez. Señala en el artículo 185¹⁸⁹, bajo el epígrafe, «*tentativo di conciliazione*» que la tentativa de conciliación puede ser renovada en cualquier momento del juicio de instrucción.

En cuanto a la conciliación extrajudicial, ella se desarrolla al margen del proceso jurisdiccional¹⁹⁰. Con todo, debemos subdistinguir dentro de la misma la conciliación que se produce durante la tramitación de un juicio (*endoprocesal*) y la que se produce sin relación a ningún proceso jurisdiccional (*absolutamente extraprocesal*). El primero, es decir la *endoprocesal*, pone de manifiesto la importancia de la voluntad de las partes en el sistema procesal civil italiano. Además esta conciliación puede subdividirse en: preventiva, que sería la que se produce al inicio del proceso, y, la llamada, sucesiva, que tiene lugar en cualquier momento del juicio¹⁹¹.

En la conciliación absolutamente extrajudicial, las partes buscan solucionar su conflicto a través de un procedimiento alternativo por propia iniciativa, con el convencimiento que éste es más conveniente que la justicia ordinaria y que resolverá mejor sus intereses. En este aspecto cabe destacar la existencia de cláusulas conciliativas que entregan la gestión de conflicto a un tercero, siendo esto muy común en el ámbito de entidades administrativas en su relación con los particulares. Con todo, es posible encontrar también este tipo de cláusulas en el ámbito puramente privado¹⁹².

¹⁸⁹ Art. 185 Codice di Procedura Civile: «**Tentativo di conciliazione**

Se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale).

Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione. (..).

¹⁹⁰ DI ROCCO, MAURICIO y SANTI, ANGELO, *La Conciliazione*, op.cit., pág. 114.

¹⁹¹ DI ROCCO, MAURICIO y SANTI, ANGELO, *La Conciliazione*, op. cit., págs. 114 y ss.

¹⁹²DI ROCCO, MAURICIO y SANTI, ANGELO, *La Conciliazione*, op. cit., págs. 118 y ss.

SISTEMA PROCESAL CIVIL FRANCÉS

1.- Aspectos generales

Si bien hoy en día en Francia no resulta muy claro a qué se refiere la expresión «medios alternativos de resolución de conflictos» (ADR), es indiscutido que la mediación y la conciliación forman parte de éstos. La confusión en torno a ellos no ha impedido un creciente interés en la materia, que se ha traducido en un fuerte desarrollo legislativo en las últimas décadas.

La tendencia hacia una mayor integración de medios alternativos de resolución de conflictos como formas de regulación social nace en América del Norte. Allí comienzan a utilizarse los términos *alternative dispute resolution* para referirse al conjunto de procesos ajenos a la tradicional vía jurisdiccional de solución de conflictos. El reciente entusiasmo por los ADR es aceptado en Francia como una influencia anglosajona, pero se destaca que la mediación y conciliación como formas de resolución amigable y no jurisdiccional de conflictos han sido conocidas por los galos desde mucho tiempo. Se cita con frecuencia a los juzgados de paz creados durante el Antiguo Régimen como instituciones que ponían en práctica métodos alternativos de resolución de conflictos, al contar con un tercero que permitía a las partes negociar y que zanjaba el problema en equidad.

La implementación actual de estos medios alternativos surge, por un lado, como respuesta a un problema generalizado en la administración de justicia. Ésta se ve sobrepasada por la demanda de decisiones jurisdiccionales, se genera un «atochamiento» generalizado del sistema, creando cada vez más insatisfacción en los ciudadanos. Pero por otro lado, la mediación y conciliación surgen como formas de darle más espacio a la justicia negociada¹⁹³. A través de ellas, se pretende caminar hacia una sociedad más civilizada, al responsabilizar a los ciudadanos, haciendo que vuelvan a apropiarse de sus problemas o diferendos y de su resolución. Este objetivo, teñido de humanismo, se encuentra siempre vigente en materia civil.

¹⁹³ RIVIER, MARIE-CLAIRE; ANCEL, PASCAL; BLANC, GÉRARD; COTTIN, MARIANNE; GOUT, OLIVIER, HAUBRY, XAVIER; LAWSON-BODY, LATÉKOUÉ; POURRET, JEAN-LUIS; SAYN, ISABELLE; «Les modes alternatifs de règlement des conflits: un objet nouveau dans le discours des juristes français?», Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), mayo de 2001, Synthèse, p.4.

El estudio de los medios alternativos de resolución de conflictos, controversias o diferendos se encuentra con una primera dificultad, ligada a la definición de éstos. Encontramos dos concepciones muy distintas. La primera integra modos jurisdiccionales de resolución de conflictos, tales como el arbitraje y las autoridades administrativas independientes. La segunda engloba sólo los modos no jurisdiccionales de resolución de conflictos, estando en primer lugar la conciliación y la mediación. Es la segunda concepción la que se sigue en este análisis, que se limitará específicamente a la conciliación y mediación en Francia en materia civil.

2.- Visión general de los ADR en Francia en materia civil

Encontramos los primeros indicios de prácticas de mediación social (en su versión moderna) en un decreto de 1955. Inspirado en prácticas americanas, este decreto instituyó un procedimiento de mediación que requería intervención del Ministro del Trabajo en casos de conflictos colectivos de trabajo por razones de salarios. Este procedimiento fue extendido luego por una ley de 1957 y, posteriormente, fue generalizado por las leyes Auroux de 1982. El Código del Trabajo comprende actualmente una sección intitulada «Mediación» - para los conflictos colectivos del trabajo-, junto a otra sección intitulada «Conciliación» y otra «Arbitraje».

Tratándose de la mediación social-judicial, se perciben las primeras tentativas de ésta en mayo de 1968, cuando en medio de la crisis se intentó que un experto intentara reestablecer el diálogo con los huelguistas para que desocuparan las fábricas.

En materia penal la práctica de la mediación se remonta a 1983, año en que la fiscalía y algunas asociaciones de ayuda a las víctimas comenzaron a tomar iniciativas para intentar acercar víctimas y delincuentes. Estas iniciativas interesaron a la autoridad, y poco a poco se fue institucionalizando, primero mediante circular –en 1992-, y luego con la ley de 4 de enero de 1993 que instituye la mediación penal completando el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal.

En materias sociales, por lo tanto, la mediación ha sido una institución que ha nacido de prácticas locales que luego se han institucionalizado¹⁹⁴.

¹⁹⁴ CATALÁ, PIERRE; GHOZI, ALAIN, «Méditations judiciaires, Témoignages de praticiens avertis», Centre d'études des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits, Université Paris II Panthéon-Assas, 1999. Synthèse, p.2-3.

En materia civil, la mediación fue instituida por la ley de 8 de febrero de 1995, y regulada por el decreto de 22 de julio de 1996¹⁹⁵. Esta ley no hizo más que reconocer y generalizar una práctica desarrollada al menos dos años antes. Fue la Corte de Casación la que permitió la introducción de la mediación como medio alternativo de resolución de diferendos, al sentar el principio según el cual «la mediación, cuyo objeto es proceder a la confrontación respectiva de las partes en vista a lograr un acuerdo propuesto por el mediador, es una modalidad de aplicación del artículo 21 del Nuevo Código de Procedimiento Civil»¹⁹⁶, que confiere al juez la misión de conciliar a las partes. Dicha ley instituyó la mediación como ADR en forma paralela a la conciliación, con la diferencia que en la mediación necesariamente intervendrá un tercero.

Según algunos autores, la conciliación es históricamente un medio antiguo de resolución amigable de conflictos, practicada bajo el Antiguo Régimen, y luego retomada posteriormente a la Revolución de 1789. Se trataba de los jueces de paz, quienes fundaban su decisión en la equidad y no en el derecho. Esta visión no corresponde exactamente a la definición de medio alternativo de resolución de conflicto presentada en la introducción, pues por definición, en la conciliación y mediación son las partes las que zanjan el conflicto a través de un acuerdo. En éstas siempre hablamos de justicia negociada y no hablamos de justicia impuesta por alguna autoridad. Esta es una de las confusiones existentes todavía en torno a estos medios alternativos: ¿Deben definirse por exclusión a los medios que aplican el derecho para resolver los conflictos? Una definición adecuada de ellos requiere destacar el rol fundamental de la voluntad de las partes. Son las partes quienes acuerdan dar una determinada solución al problema, luego de un proceso de negociación. El tercero que interfiere en este proceso puede tener mayor o menor inferencia en la solución que las partes adopten, pero éste nunca impone una solución. Los medios alternativos de solución de conflictos tienen un carácter no jurisdiccional, en el sentido que el conflicto no se extingue por medio de una decisión que zanja el litigio atribuyendo o refutando derechos; el conflicto termina por el acuerdo de las partes¹⁹⁷.

Con la reforma de la organización judicial mediante la ordenanza de 22 de diciembre de 1958, se suprimen los juzgados de paz y se integra la

¹⁹⁵ En el ámbito europeo: Recomendaciones de la Comisión Europea, del 30 de marzo de 1998, concerniente a los principios aplicables a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de litigios de consumo, y de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales encargados de la resolución consensual de litigios de consumo. Se mencionan los medios alternativos de resolución de conflictos en numerosas Directivas, sobre comercio electrónico por ejemplo. Existe también un Libro verde sobre Modos alternativos de resolución de conflictos en materia civil y comercial y otro sobre la protección de los consumidores.

¹⁹⁶ Casación Civil, 16 de junio de 1993, Bull.civ., II, n°211.

conciliación en la actividad de las jurisdicciones civiles. Luego, el decreto de 9 de septiembre de 1971 eleva la conciliación a «uno de los principios directores del proceso»¹⁹⁸. El artículo 21 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, ubicado en el capítulo consagrado a los principios directores del proceso, afirma en forma categórica que «entra en la misión del juez conciliar a las partes». En el marco del procedimiento civil, está en manos del juez y de las partes el acudir a la conciliación, salvo en el caso de divorcio y de guarda de niños. Ellos tienen iniciativa para recurrir a la conciliación y ésta sólo es obligatoria en aquellos casos excepcionales. Bajo este esquema la conciliación no ha conocido un desarrollo importante en el plano judicial, ante las jurisdicciones civiles. Pero en Francia existe también otro esquema para la conciliación: se trata de la conciliación delegada al conciliador de justicia, regulada en el decreto de 20 de marzo de 1978¹⁹⁹. Este tipo de conciliaciones ha tenido un éxito importante. Su desarrollo se ve favorecido por su mayor flexibilidad; rapidez, simplicidad, gratuidad y confidencialidad del procedimiento, y por el hecho que pueda ser puesta en marcha sea a iniciativa de las personas fuera del proceso, sea a la iniciativa de un juez en el marco de un juicio. Su ámbito de aplicación está circunscrito a pequeños litigios de la vida cotidiana, concernientes a habitación, consumo, y problemas de vecindad.

3.- Mediación y conciliación civil en el Estado francés

3.1.- Mediación

El proceso de mediación puede nacer por iniciativa de las partes en forma completamente ajena a un procedimiento judicial, o puede producirse en el marco de un proceso. La primera es denominada por «mediación convencional»²⁰⁰, y la segunda «mediación judicial». Este análisis busca describir la mediación judicial en Francia, y comprender las relaciones entre este medio de resolución de conflictos y la vía jurisdiccional en materia civil.

El juez que conoce de un litigio puede proponer a las partes en conflicto resolver en forma amigable sus dificultades gracias a la intervención confidencial de un tercero calificado, que además conserva un carácter neutral y es independiente, denominado mediador. El rol del mediador no es imponer una solución al litigio ni imponer alguna responsabilidad. Tiene el deber de guiar a las partes para que retomen el diálogo, confronten sus puntos de vista, y busquen ellas mismas las bases de un acuerdo durable y aceptable que tenga cuenta de sus necesidades. El artículo 21, ley n° 95-125, expresa como finalidad de la mediación «intentar llegar a un acuerdo entre las partes».

¹⁹⁸ <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/justice-proximite/modes-alternatifs-reglement-conflits>

¹⁹⁹ Modificado por el decreto de 13 de diciembre 1996.

²⁰⁰ Rapport «Les Modes Alternatifs de règlement des différends», Le Forum des Droits sur l'internet, 17 juin 2001, p.4.

El nuevo Código de Procedimiento Civil, por su parte, en su artículo 131-1, artículo primero del nuevo párrafo VI bis, intitulado «La mediación», señala como finalidad permitir que las partes «confronten sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución al conflicto que las oponden». La misión del mediador consiste entonces en facilitar el diálogo entre las partes, contribuyendo de manera más activa en la búsqueda de una solución negociada. El mediador no dispone de algún poder coercitivo o de imperio²⁰¹. Entre las virtudes que de la mediación frecuentemente se destacan están su aptitud para favorecer el diálogo y para obtener decisiones más adaptadas, que generan adhesión de las partes a las que se les aplica.

El régimen jurídico de la mediación se encuentra configurado por la ley n° 95-125 de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo (artículos 21 a 26); y su decreto de aplicación n° 96-652 de 22 de julio de 1996, relativo a la conciliación y a la mediación judicial, que modifica finalmente la normativa del nuevo Código de Procedimiento Civil. Quince artículos del Nuevo Código de Procedimiento Civil rigen la mediación en Francia.

En cuanto a la oportunidad, es el juez el que provee la resolución ordenando la mediación, cuando hay acuerdo de las partes en acudir a este medio alternativo. El juez no está obligado a proponer la vía de la mediación a las partes, pero si las partes tienen la voluntad común de derivarse a una mediación, habiéndose iniciado un proceso, el juez debe atender a ella. Las partes pueden, en cualquier instancia y en cualquier momento solicitar la mediación²⁰². Se señala expresamente que se puede acudir a la mediación incluso en el marco de un procedimiento de urgencia para hacer cesar una situación contraria a la ley, denominado «en référé»²⁰³, esto es, incluso si el proceso no ha comenzado y sólo se ha interpuesto medida prejudicial.

Es interesante ver una evolución en torno a la iniciativa del juez para proponer la mediación en materia de autoridad parental. La ley de 4 de marzo de 2002 relativa a ese tema, y el nuevo artículo 373-2-10 del Nuevo Código de Procedimiento Civil dan cuenta de esto, pues señalan que el deber del juez de esforzarse por conciliar a las partes se concretiza en la proposición, por ejemplo, de una mediación a fin de llegar a soluciones consensuadas.

Es la voluntad de las partes la que pone en marcha la mediación y permite que se desarrolle y concluya exitosamente el proceso de mediación.

²⁰¹ Artículo 131-8, NCPC; El mediador no dispone de poderes de instrucción. (...) El mediador no puede ser requerido, en el curso de la misma instancia, a efectuar una medida de instrucción

²⁰² Artículo 21, ley n° 95-125: «(...) en todo estado del procedimiento».

²⁰³ Procedimiento de urgencia entablado ante el presidente de una jurisdicción destinada a hacer cesar una situación contraria a la ley. Permite obtener a título provisorio: toda medida que no se vea enfrentada a una contestación seria; toda medida conservativa o cautelar para prevenir un daño inminente o hacer cesar un disturbio manifiestamente ilícito.

Debe existir en todo momento un acuerdo de las partes del litigio de participar en esta vía alternativa de resolución de diferendos. El juez no podrá ordenar un proceso de mediación si las partes contrincantes no lo desean, el Código de Procedimiento Civil ordena expresamente que la resolución del juez en que se ordena la mediación debe mencionar el acuerdo de las partes (Artículo 131-6 NCPC). El juez puede proponer a las partes la mediación, pero no puede presionarlas de ninguna forma.

Las partes deciden libremente qué materias serán objeto de mediación: la mediación puede abarcar la totalidad del litigio jurídico, o bien sólo algunos temas²⁰⁴. Respecto a los puntos en que no haya acuerdo de llevar a la mediación, el proceso judicial puede seguir su curso normal. Incluso, pueden tratarse temas no necesariamente jurídicos en forma complementaria, contribuyéndose así a una solución global del problema que envuelve a los individuos involucrados. Este es uno de los atributos de la mediación, y es por ello que los autores suelen afirmar que los ADR representan una forma de justicia que satisface mejor la paz y cohesión social, al lograr establecer relaciones más directas y personalizadas entre los actores, basarse en la confianza y la autonomía de las partes y obtener soluciones aceptadas por todos los participantes.

Esta preponderancia de la voluntad de las partes se manifiesta también en la repartición de los costos de la mediación entre las partes. En efecto, son las partes las que libremente y de común acuerdo determinan cómo se repartirá el costo de la mediación²⁰⁵. A falta de acuerdo, estos gastos serán repartidos en partes iguales, a menos que el juez estime que tal repartición no es equitativa a la luz de la situación económica de las partes (Artículo 22, Ley n° 95-125).

El consentimiento de las partes se requiere además para que terceros puedan ser escuchados por el mediador si la mediación así lo requiere (Artículo 131-8, NCPC). Esta libertad de las partes determina asimismo ciertos efectos de la mediación, como por ejemplo, el grado de confidencialidad y de reserva del asunto, pues el mediador no puede divulgar ninguna información, en principio, a menos que cuente con el consentimiento de las partes (Artículo 131-14 de NCPC). Finalmente, las partes pueden si así lo quieren, someter el acuerdo al que han llegado a homologación por el juez, para que éste le dé fuerza ejecutoria²⁰⁶.

La mediación es un medio *alternativo* a la vía jurisdiccional. Ciertamente, la mediación convencional representa una vía alternativa, pero la mediación judicial no resulta ser propiamente *alternativa* a la vía jurisdiccional, sino que puede entenderse más bien como una vía complementaria. El juez cumple un rol importante en aquélla²⁰⁷, y notamos

²⁰⁴ Artículo 131-2, NCPC: «La mediación se refiere a todo o parte del litigio».

²⁰⁵ Art. 22, Ley n° 95-125: «(...) las partes determinan libremente la repartición entre ellas de la carga de los gastos de la mediación». Existen empresas que tienen mediadores para solucionar problemas de consumo. En materia de comercio electrónico los medios alternativos de resolución de conflictos representan una vía ideal en caso de transnacionales, evitándose judicializar los problemas que se deriven, disminuyendo costos y evitando problemas de derecho internacional privado.

²⁰⁶ Artículo 25, Ley n° 95-125 y artículo 131-12 del NCPC: El juez homologa a petición de las partes el acuerdo que le someten. La homologación emana de materia graciosa.

²⁰⁷ Para MÉLINA DOUCHY-OU DOT, por ejemplo, sistematiza en su manual sobre procedimiento civil la conciliación y mediación como medio alternativo de resolución de conflictos dentro del campo judicial, en oposición a la transacción y el arbitraje, que serían medios alternativos fuera del campo judicial (MÉLINA DOUCHY-OU DOT, *Procédure Civile*, Ediciones Gualino, 2005, pág. 70).

una interacción entre la mediación judicial y el proceso judicial. No se trata de admitir mediación en el curso de la instancia y desligar al juez del asunto.

En primer lugar, debe indicarse que la participación en una mediación no suspende ni tampoco hace terminar la instancia judicial (Artículo 21, inciso final; Ley n° 95-125). El Código de Procedimiento Civil contiene una disposición que señala que en ningún caso se produce desasimio del juez, que puede en todo momento tomar todas las otras medidas que le parezcan necesarias (Artículo 131-2, inciso segundo; NCPC). Además, el juez se mantiene informado de todas las dificultades que encuentre el mediador en el cumplimiento de su misión, pues el mediador tiene el deber de comunicárselo (Artículo 131-9, NCPC). Así, si la mediación se ve interrumpida porque las partes ya no están de acuerdo en proseguir con ella, o no han logrado éxito en su negociación, el juez al poner fin a la misión del mediador -previa audiencia de las partes- puede luego proseguir la instancia (Artículo 131-10, inciso cuarto, NCPC). En esta misma lógica, el artículo 131-11, del nuevo código agrega: al expirar su misión, el mediador informa por escrito al juez si las partes han logrado o no encontrar una solución al conflicto que las opone. A continuación expresa esta norma que el día fijado, el asunto vuelve ante juez, lo que nuevamente alude al hecho que la instancia judicial ha continuado durante la mediación.

La mediación judicial nace a partir de una resolución judicial²⁰⁸, resolución que designa al mediador -no son las partes las que lo designan-. Asimismo, el juez puede poner fin en todo momento a la mediación, a petición de una parte o por iniciativa del mediador. El juez puede igualmente poner término de oficio cuando el buen desarrollo de la mediación aparece comprometido. (Artículo 131-10, inciso primero y segundo, NCPC).

Adicionalmente, en la resolución que ordena la mediación el juez debe señalar el monto de dinero que las partes deben consignar a título de remuneración del mediador, y el plazo para efectuarlo y bajo qué modalidad (Artículo 21, Ley n° 95-125). La mediación es un servicio no gratuito, y es por vía del tribunal que se controla el pago de honorarios del mediador, en la forma de una caución. El artículo 131-6, inciso segundo del NCPC precisa que el juez en su resolución fija el monto de la provisión a hacer valer sobre la remuneración del mediador a un nivel tan preciso como posible de la remuneración previsible, y designa la o las partes que consignarán la provisión en el plazo impartido; si varias partes son designadas, la decisión indica la proporción que cada parte deberá consignar. El código por su parte, precisa: al expirar la misión del mediador, el juez fija la remuneración del mediador, conforme a los criterios enunciados en la ley n° 95-125. El juez autoriza al mediador para apropiarse, hasta debida concurrencia, de los fondos consignados al secretario. Ordena, si ha lugar, el giro de sumas complementarias indicando la o las partes

²⁰⁸Según el artículo 131-15 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, la resolución que ordena, renueva o pone fin a la mediación no es susceptible de ser apelada.

encargadas, o la restitución de sumas consignadas en exceso (artículo 131-13).

La duración máxima de la mediación está limitada legalmente (Artículo 131-3 NCPC; La duración inicial de la mediación no puede exceder de tres meses. Sin embargo, es facultad del juez fijar en la resolución que ordena la mediación la duración inicial de ésta, la que no puede exceder de tres meses por mandato legal. La ley n° 95-125 expresa además que el juez puede, en todo caso, renovar la misión de mediación (art. 23)²⁰⁹. Retomando lo que veíamos sobre la facultad del juez para poner fin a la mediación, este mismo artículo agrega que el juez puede también poner fin a la mediación antes de la expiración del plazo que fijó, de oficio o a petición del mediador, o de una parte.

El mediador está sujeto a la obligación de secreto respecto de terceros, según la norma del artículo 24, ley n° 95-125. Las constataciones del conciliador o del mediador y las declaraciones que ellos recojan no pueden ser invocadas ante el juez que conoce del litigio salvo acuerdo de las partes. Éstas no pueden ser utilizadas en alguna otra instancia. En todo caso, el conciliador o el mediador informan al juez si las partes han logrado o no un acuerdo. Igualmente, el nuevo código de procedimiento civil contiene una norma en el artículo 131-14 al respecto²¹⁰. La ley trata en términos muy generales este deber de confidencialidad del mediador. Sabemos que el juez y el mediador interactúan durante el proceso de mediación. Especialmente, el mediador tiene obligación de informar al juez de cualquier dificultad que encuentre en el cumplimiento de su misión, asimismo, acude al juez para solicitar que se renueve la misión por un período adicional o para poner término a ella. Esta comunicación se circunscribe estrictamente a cuestiones formales, y no se extiende al contenido de lo que se discute en ella o a la información que revelen las partes durante la mediación.

Siguiendo el artículo 131-4 NCPC, la mediación puede ser confiada a una persona física o a una asociación. Si el mediador designado es una asociación, su representante legal somete al acuerdo del juez el apellido de la o las personas físicas que asumirán, en el seno de ésta y a su nombre, la ejecución de la medida. La persona física que asuma la mediación debe reunir ciertos requisitos. La mediación supone necesariamente que el tercero que interviene en el proceso de mediación es un tercero calificado, que satisface ciertas condiciones. Éstas son enumeradas en el artículo 131-5 del NCPC. En primer lugar, no haber sido objeto de una condena, de una incapacidad o de alguna caducidad de las mencionadas en el boletín n° 2 del «*casier judiciaire*». Luego se exige no haber sido autor de hechos contrarios al honor, a la probidad

²⁰⁹ Esta misión puede ser renovada una vez, por el mismo tiempo, a petición del mediador, artículo 131-3 NCPC.

²¹⁰ Las constataciones del mediador y las declaraciones que recoja no pueden ser ni reproducidas ni invocadas en la continuación del procedimiento sin el acuerdo de las partes, ni en cualquier estado de causa en el marco de otra instancia.

o a las buenas costumbres que hayan dado lugar a una sanción disciplinaria o administrativa de destitución, radiación, revocación, retiro de certificación o de autorización. También se requiere poseer, en el ejercicio presente o pasado de una actividad, la calificación requerida en atención a la naturaleza del litigio. Se tiene que justificar adicionalmente, según el caso, una formación o una experiencia adaptada a la práctica de la mediación; y se deben presentar garantías de independencia necesarias al ejercicio de la mediación.

Entre los autores frecuentemente se observa que es necesaria una organización de la profesión de mediador. Hasta el momento ésta se ha autorregulado pues no existe un estatuto del mediador (como sí existe estatuto del conciliador), que resulta indispensable para un desarrollo de la mediación²¹¹.

La mediación judicial puede ser propuesta en cualquier litigio iniciado cualquiera que sea el juez o la naturaleza del procedimiento²¹². Por ejemplo, en caso de conflictos entre vecinos, entre propietario y arrendatario, entre un comerciante y un consumidor, entre empleador y salariado, o entre miembros de una pareja en relación a las consecuencias de un divorcio o de separación, o sobre modalidades de la tutela parental.

3.2.- Conciliación

El proceso de conciliación tiene por objeto poner término a un conflicto mediante una solución aceptada por los interesados. El tercero que interviene en la conciliación se denomina conciliador.

En Francia las partes pueden recurrir a la mediación fuera de todo procedimiento judicial. Sin necesidad de poner en marcha el aparato jurisdiccional, las partes pueden acudir a un conciliador de justicia, bajo la condición que el diferendo que las opone recaiga sobre derechos respecto de los cuales ellas tienen libre disposición.

El lenguaje jurídico entiende la conciliación típicamente como el acuerdo convenido por las partes en la instancia, bajo el alero del juez a fin que el procedimiento se termine por una solución negociada en vez de una decisión impuesta por la autoridad judicial. Pero la ambigüedad de las intervenciones conciliatorias del juez, cuya función es en último caso imponer una solución al asunto, parece haber tentado al legislador a incentivar instituciones paralelas de conciliación – o mediación- en las cuales el derecho y la autoridad judicial no estuviesen implicados en forma tan visible²¹³. Así, el

²¹¹DOUCHY-OUDDOT, MÉLINA; *Procédure Civile*, op. ct., pág 70.

²¹² Ante el juez de instancia, tribunal de gran instancia, juez de procedimientos de urgencia «*référé*» y tribunal «*prud'hommes*».

²¹³ DESDEVISES, YVON; SUAUD, CHARLES; DAVIES, IWAN; JAMES, KERRY, MOULEVRIER, PASCALE; WEST, ANDREW, FRIANT-PERROT, MARINE; LEBON-BLANCHARD, MARIE; RETIERE, JEAN-NOEL; «*Conciliation et conciliateur*»; Centre Nantais de Sociologie et Institut de Recherche en Droit Privé Université de Nantes, Mai 2001, Synthèse, P.1.

juez puede designar, con el acuerdo de las partes, un conciliador de justicia para que lleve a cabo la función de conciliación, -en esta hipótesis el proceso de conciliación se vuelve más formal que el que es llevado a cabo por el mismo juez-. Éste es un auxiliar de justicia (voluntario) inscrito en una nómina confeccionada por el Primer Presidente de la Corte de Apelaciones a proposición del juez de instancia. Se trata de una conciliación gratuita, a diferencia de la mediación.

El Ministerio de Justicia²¹⁴ del gobierno francés difunde una explicación detallada del desarrollo de una conciliación ante el conciliador de justicia. Ésta se aplica a la conciliación delegada por el juez como a aquella en la que las partes han recurrido directamente al conciliador de justicia. Cuando los interesados se encuentren ante él, en su caso acompañada por una persona que han escogido, y fuera de la presencia de cualquier otro público, el conciliador las escucha sucesivamente e intenta mediante un diálogo apropiado guiarlas a descubrir la solución más adecuada²¹⁵. Las personas físicas no pueden ser representadas, y cada parte puede acudir acompañada de una persona escogida por ellas o asistidas por un abogado. Contrariamente a las audiencias del tribunal de instancia, la regla en la conciliación es la ausencia de público, ya que lo que se intenta resguardar es la confidencialidad de lo discutido.

Como primer eje del proceso de conciliación, se cita el principio de contradicción. El debate debe ser contradictorio respecto de las partes, de los terceros que serán oídos y los abogados. El conciliador debe velar porque cada parte exprese sus peticiones y sus puntos de vista, lo que no significa que no pueda escuchar a las partes en forma separada primero, antes de reunirlos.

La búsqueda de un compromiso debe ser un objetivo que este auxiliar de justicia debe siempre tener en cuenta, y constituye también un principio del proceso de conciliación. El conciliador debe motivar a las partes a que cedan en algunos aspectos, manteniendo siempre un comportamiento imparcial. Los principales argumentos que éste puede utilizar son: los criterios de equidad, que pueden ir contra el derecho, mientras no se trate de materias de orden público; la referencia a reglas de derecho cuya existencia e interpretación no sea contestada por las partes, ya que el conciliador de justicia no ejerce jurisdicción y no determina qué es el derecho; y argumentos prácticos, tales como las ventajas de un buen arreglo sobre un proceso judicial largo y costoso en que una de las partes siempre va a perder. Tiene accesoriamente la facultad de desplazarse al lugar del litigio para comprender mejor el problema, y escuchar a terceros cuya audición le parezca útil y que consientan en participar. Puede proponer también que las partes designen un experto y se pongan de acuerdo sobre sus honorarios.

²¹⁴Guía Práctica para los conciliadores de justicia. <http://www.justice.gouv.fr/publicat/concil4.htm>

²¹⁵ Circular de 16 de marzo de 1993

El acuerdo logrado puede ser total o parcial, y constituye el resultado de una conciliación exitosa. La guía práctica del conciliador exige que el acuerdo conste por escrito, y su redacción debe limitarse a describir las modalidades generales del acuerdo. Dependiendo de la forma en que se haya llegado a la conciliación, las reglas sobre cómo debe constatarse el acuerdo cambian.

Si se ha acudido directamente al conciliador, no es necesario establecer una constatación de acuerdo a menos que haya renuncia a algún derecho (se condona una deuda; se regala una renta de arrendamiento; etc). Debe señalar la fecha, identificar a las partes, y el tenor del acuerdo total o parcial que se concluyó. Se hace una copia para cada parte, más una para el secretario del tribunal de instancia y otra para el conciliador. Cada parte firma todos los ejemplares. El conciliador estampa su rúbrica en cada página e indica el número de ejemplares del documento. Si bien la mayoría de los acuerdos logrados a través de un medio amigable de solución de conflictos son cumplidos por quienes intervinieron en ellos, el conciliador debe informar a las partes de la posibilidad de darle fuerza ejecutoria al acuerdo. Si las partes escogen esta vía, deberán expresarlo así en la audiencia de conciliación. El juez será informado de esto por el conciliador cuando éste deposite la constatación de acuerdo en secretaría del tribunal. En este caso, el juez dará fuerza ejecutoria a la constatación de acuerdo, y así, si una de las partes no cumple su compromiso, la otra tendrá un documento con mérito ejecutivo para resguardarse.

Cuando el conciliador ha procedido a una tentativa de conciliación por delegación del juez, está obligado, al finalizar su misión, a rendir cuenta por escrito, y sin ningún comentario adicional, sobre el éxito o fracaso de su labor. En caso de acuerdo, aunque sea parcial, está obligado a constatarlo por escrito siguiendo las mismas reglas y formalidades que las enunciadas anteriormente. El conciliador debe transmitir el documento original de constatación del acuerdo al juez de instancia, quien le dará fuerza ejecutoria.

Finalmente, si las partes no logran llegar a conciliarse el conciliador de justicia les debe comunicar que si lo estiman conveniente ellas pueden acudir a la jurisdicción competente.

Como se dijo anteriormente, en el marco del procedimiento civil, el recurso a la conciliación por el juez, dejado a iniciativa del juez y de las partes, y sin carácter obligatorio salvo en el caso de divorcios y guarda de niños, no ha conocido un desarrollo importante en el plano judicial, ante las jurisdicciones civiles. En oposición a esto, la conciliación delegada al conciliador de justicia -regulada en numerosos decretos, entre ellos, principalmente el de 20 de marzo de 1978; modificado por el decreto de 13 de diciembre de 1996 (ha tenido gran éxito)²¹⁶. El desarrollo de la conciliación fue facilitado por la institución de

²¹⁶ *Documentation française*, sitio web: www.vie-publique.fr/politiques-publiques/

los conciliadores de justicia en 1978, y normas posteriores²¹⁷, especialmente aquellas relativas al acceso al derecho.

Al hablar de conciliación en este país, deberemos referirnos a dos modalidades. La primera, consistente en una tentativa *previa* de conciliación ante el tribunal de instancia²¹⁸ o la jurisdicción de proximidad²¹⁹. Nos remitimos para ello a las normas del libro II del Nuevo Código de Procedimiento Civil, intitulado Disposiciones particulares a cada jurisdicción. Específicamente, al capítulo 1, dedicado a «La tentativa previa de conciliación» (artículos 830 a 835) del título II («Disposiciones comunes al tribunal de instancia»). Se trata por lo tanto, de una modalidad de conciliación específica a cierta jurisdicción. A grandes rasgos, el procedimiento se desarrolla de la siguiente manera. El futuro demandante solicita personalmente o por carta al secretario del tribunal su petición de conciliación previa. Éste convoca a las partes a audiencia de conciliación. La tentativa previa de conciliación puede ser llevada a cabo tanto por el juez como por un conciliador que reúna los requisitos señalados en el decreto 78-381 del 20 de marzo de 1978 modificado, relativo a los conciliadores, designado para estos efectos (Artículo 381, inciso primero, NCPC). Si el asunto concluye exitosamente, se levanta acta de la audiencia, y ésta, una vez firmada por las partes, el secretario y el juez, tiene fuerza ejecutoria. Si no se logra la conciliación, el asunto puede ser juzgado inmediatamente si las partes consienten en ello, o bien podrá ser objeto de un posterior emplazamiento.

La segunda modalidad de la conciliación es aquella que es ordenada en el curso de la instancia si hay acuerdo entre las partes. Es lo que expresan las normas del título VI denominado «La Conciliación», del libro I del Nuevo Código de Procedimiento Civil, cuyo título es Disposiciones Comunes a Todas las Jurisdicciones. (Artículo 127, NCPC. Las partes pueden conciliarse, de su propia iniciativa o a iniciativa del juez, a lo largo de toda la instancia). Esto significa que las partes se mantienen «dueñas» del proceso civil, en conformidad al principio dispositivo en virtud del cual son ellas las que determinan el objeto del litigio. La posibilidad de recurrir a la conciliación es una de las maneras de formular la libertad que el código les reconoce en el artículo primero, de poner fin a la instancia antes que ésta termine por efecto de la sentencia definitiva.

²¹⁷ Uno de los últimos textos significativos en la materia es la ley de 18 de diciembre de 1998. Ésta ley extiende los beneficios de la ayuda jurisdiccional – beneficio de pobreza- a la tentativa previa de conciliación. Así mismo, esta ley prevé la creación de «Casas de justicia y derecho», que tienen entre sus fines difundir los métodos amigables de solución de conflictos.

²¹⁸ La jurisdicción de instancia es el tribunal de primera instancia competente para litigios civiles cuyo monto no ascienda a más de 7.600 euros y para los asuntos que la ley entregue exclusivamente a este tribunal, tales como créditos de consumo de hasta cierto monto. Las partes pueden defenderse ellas mismas sin necesidad de asistencia de abogado. La tentativa de conciliación previa era obligatoria anteriormente, y hoy es facultativa, dejándose a la libre voluntad del demandante.

²¹⁹ La ley de Orientación y Programación por la Justicia de 9 de septiembre de 2002, instituyó una jurisdicción de proximidad competente para juzgar pequeños litigios civiles de hasta 1500 euros.

El juez de instancia o de proximidad puede -con el acuerdo de las partes- designar un conciliador para proceder a una tentativa de conciliación. Junto con la designación el juez fija la duración de la misión, que no puede ser superior al límite fijado por la ley (La duración inicial de la conciliación no puede exceder de un mes. Esta misión puede ser renovada por una vez por el mismo tiempo, a petición del conciliador. Artículo 832, NCPC). En caso que se tenga éxito y se logre conciliar a las partes, el acuerdo se homologa por el juez. En caso que no se logre acuerdo, se retoma el curso de la instancia.

Al igual que en la mediación, y de los ADR en general, la procedencia de la conciliación por el conciliador de justicia está condicionada al mutuo acuerdo de las partes. La iniciativa de la conciliación reside en el juez o en las partes. Sin embargo, cuando el juez de instancia o de proximidad decide intentar conciliación previa personalmente – habiendo sugerido a las partes designar un conciliador para que proceda a la conciliación previa, éstas no aceptaron, por ejemplo-, la puesta en marcha del proceso de conciliación no requiere de acuerdo de las partes. El artículo 833 NCPC expresa que cuando el juez proceda él mismo a la tentativa previa de conciliación, se da aviso al demandante por carta simple del lugar, día y hora en los cuales se desarrollará y al demandado se le convoca por carta simple²²⁰.

En los otros casos, el proceso de conciliación sólo puede iniciarse con el mutuo acuerdo de las partes: artículo 21, Ley n° 95-125; El juez puede, luego de haber obtenido el acuerdo de las partes, designar una tercera persona que reúna las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado para proceder: 1° A las tentativas previas de conciliación prescritas por la ley, salvo en materia de divorcio y de separación de bienes (...). El artículo 832-1 del NCPC se refiere a la necesidad de que las partes acepten recurrir a la conciliación previa delegada, ordenándole al juez de avisarles de su intención de delegación e invitándolas a hacerle llegar su aceptación en el plazo de 15 días.

La voluntad de las partes también condiciona el deber de secreto y confidencialidad a que está sujeto el conciliador²²¹.

El artículo 25 de la ley n° 95-125, aplicable a la mediación, igualmente hace referencia a la facultad de las partes, en caso de acuerdo, de someterlo a la homologación del juez quien le dará fuerza ejecutoria.

²²⁰ La convocación menciona los apellidos, nombres, profesión y dirección del demandante así como el objeto de la demanda. El aviso y la convocación precisan que cada parte puede hacerse asistir por una de las personas enumeradas en el artículo 828

²²¹ Las constataciones del conciliador o del mediador y las declaraciones que ellos recojan no pueden ser invocadas ante el juez que conoce del litigio salvo acuerdo de las partes. Artículo 24, Ley n° 95-125.

En caso que el juez decida delegar la conciliación en un conciliador de justicia, encontramos también en la conciliación una interacción entre conciliador y juez, que, tal como en la mediación, implica una cooperación y complementación entre ellos. En este caso de delegación, la conciliación también nace a partir de una resolución judicial²²² (Artículo 21, Ley n° 95-125).

Cuando las partes deciden conciliarse ellas pueden solicitar que se retire su causa del rol de los asuntos pendientes (Decreto n°98-1231 de 28 de diciembre de 1998). Esto significa, según el artículo 377 NCPC, **que** la instancia se suspende o paraliza durante el tiempo que dure la conciliación. Esta modificación reciente tiene por efecto fomentar otras formas de resolución de conflictos que las jurisdiccionales. La instancia se retoma posteriormente sin necesidad de resolución judicial, bastando que se efectúe un nuevo acto procesal.

Al igual que en la mediación, el conciliador mantiene al juez informado de las dificultades que encuentre en el cumplimiento de su misión (Art.832-5, NCPC). Así, el juez podrá poner término en todo momento a la misión si de la comunicación que mantiene con el conciliador se desprende que no hay posibilidad de seguir adelante exitosamente (Art.832-6, NCPC). Además, en todo caso, el conciliador informa al juez si las partes han logrado o no un acuerdo (Artículo 24, Ley n° 95-125). También debe informar en secretaría de la Corte de Apelaciones, los días, horas y lugares de permanencia.

En caso de conciliación total o parcial, el contenido del acuerdo de las partes es constatado en un acta de audiencia²²³ firmado por el juez y las partes (artículo 130, NCPC). No tiene naturaleza de resolución judicial, sino más bien de convención entre las partes que ha sido revisada mediante un control por el juez, a fin de garantizar el orden público. Es por esto que no hay recursos judiciales posibles contra esta convención y el extracto de este documento que constata el acuerdo de las partes tiene valor de título ejecutivo. Para algunos, este acuerdo tiene naturaleza de transacción, luego, sería posible revisar el equilibrio del contrato de transacción y rescindirlo por causa de violencia económica, como ha sido admitido por la Corte de Casación hace algunos años. Permitir un control de parte del juez demasiado grande al homologar tiene el riesgo, sin embargo, de desvirtuar el sentido de la conciliación²²⁴. Junto con levantar esta acta, el juez constatará la extinción de la instancia en conformidad al artículo 384 NCPC.

²²² La resolución que ordena, renueva o pone fin a la conciliación no es susceptible de ser apelada, según el artículo 832-10 del NCPC.

²²³ La norma habla de «procès-verbal», cuya traducción literal sería «proceso-verbal».

²²⁴ RACINE, JEAN-BAPTISTE, «Les Modes alternatifs de resolution des conflits: Approche générale et spéciale», Centre de recherche en droit économique (CREDECO); Centre d'études et de recherche sur les contentieux (CERC), 2001. Synthèse, p.9.

La demanda o petición de tentativas previas de conciliación no interrumpe la prescripción a menos que se efectúe en un plazo determinado y bajo ciertas condiciones que no viene al caso mencionar (Artículo 835 NCPC).

Como se mencionó anteriormente, es el aparato judicial el que recluta, selecciona y confecciona la lista de conciliadores. En esta lógica, el conciliador debe presentar a las Cortes de Apelaciones (primer presidente; procurador general), así como al juez de instancia al que está vinculado, un informe anual que retrate su actividad (Artículo 9, del decreto de 1978 sobre el estatuto de los conciliadores). El objeto de este informe es informativo -a fin de regular mejor la institución-, y al mismo tiempo es un instrumento de difusión de la actividad. Este informe debe sujetarse a las exigencias de confidencialidad y reserva que se verán posteriormente.

En términos más generales, existen reuniones de formación e información organizadas por la administración de justicia, a la que los conciliadores deben acudir para compartir experiencias, uniformar ciertas prácticas y desarrollar relaciones con los jueces de instancia.

El conciliador es un auxiliar de justicia. Debe prestar juramento de cumplir fielmente su función con exactitud y probidad, y observar todos los deberes que ésta le impone, ante la Corte de Apelaciones. Al igual que el mediador, está sujeto a una obligación de secreto respecto de lo que se discuta en el marco del proceso de conciliación²²⁵. Esta obligación persiste una vez concluida la conciliación, independiente de si fue exitosa o no. Así, se garantiza el respeto de los intereses de los particulares y se permite a las partes hacer las concesiones necesarias para un acercamiento durante la negociación. El conciliador puede además oponer esta obligación de secreto al juez que le ha delegado la misión, pues el artículo 24 de la ley de 1995, expresa que: las constataciones del conciliador o del mediador y las declaraciones que ellos recojan no pueden ser invocadas ante el juez que conoce del litigio salvo acuerdo de las partes. Éstas no pueden ser utilizadas en alguna otra instancia. Adicionalmente, existen sanciones penales por divulgación de antecedentes que ha conocido en razón de sus reuniones con las partes. Por otra parte, el conciliador está sujeto al deber general de todo ciudadano de informar a las autoridades competentes si llega a tener conocimiento de un crimen en el ámbito de sus labores, cuya desobediencia acarrea sanciones penales de hasta tres años de prisión y 45.000 euros de multa (artículo 434-1, Código Penal).

La imparcialidad del tercero que interviene en un medio alternativo de resolución de conflictos es esencial, por lo tanto se entiende que el conciliador tiene el deber de ser imparcial. En presencia de un posible conflicto de intereses con el asunto controvertido o con alguna de las partes, el

²²⁵Artículo 24, Ley n° 95-125: «El conciliador y el mediador están sujetos a la obligación de secreto respecto de terceros».

conciliador de justicia debe dirigir las partes con otro conciliador o indicarles que soliciten una conciliación por el juez de instancia. En forma complementaria, tiene un deber de reserva al expresar o emitir sus opiniones. Éste, junto a otros principios del debido proceso debe ser respetado por el conciliador.

Finalmente, debe ejercer sus funciones a título estrictamente benévolo, tal como está señalado en la ley, no pudiendo aceptar regalos de las partes.

Las condiciones requeridas para ser conciliador fueron en el origen fijadas por el decreto de 1978, modificado en 1996. En términos generales, el conciliador debe gozar de derechos cívicos y políticos, justificar tres años a lo menos de experiencia jurídica -no se requiere formación universitaria en ciencias jurídicas, ni tampoco ser abogado-, y se exige además no ejercer actividad judicial alguna²²⁶.

El conciliador es nombrado por un año por ordenanza del primer presidente de la Corte de Apelaciones, habiendo sido aprobado previamente por el procurador general, a proposición del juez de instancia. Su nombramiento en la nómina puede ser renovado por un período de dos años.

La conciliación efectuada por este tercero es sustancialmente similar a la mediación²²⁷. En efecto, desligado del proceso judicial y de la necesidad de resolver a través de una decisión coercitiva, el conciliador de justicia puede intervenir en forma activa, por ejemplo proponiendo soluciones, a semejanza del mediador.

En cuanto a la competencia territorial, el conciliador debe ejercer sus funciones en el cantón que se le ha designado al nominarsele²²⁸. En lo que dice relación con la competencia de atribución, el conciliador tiene como misión resolver en forma amigable diferendos que recaigan sobre derechos libremente disponibles por sus titulares. Este tipo de litigios es el que se encuentra normalmente en los tribunales de instancia y de proximidad. En todo caso, el conciliador puede intervenir igualmente en asuntos de competencia del tribunal de gran instancia²²⁹. El conciliador de justicia no puede tratar en ningún caso cuestiones concernientes al estado civil de las personas o de derecho de familia, que son de competencia exclusiva de tribunales. Tampoco puede involucrarse en litigios en que es parte la administración, pues debe remitirlos al mediador de la República o al delegado departamental.

²²⁶ Artículo 2, del decreto de 1978, modificado en 1996.

²²⁷ DOUCHY-OUUDOT, MÉLINA; *Procédure Civile*, Ediciones Gualino, 2005, pág 66.

²²⁸ Lo que supone que alguna de las partes reside o tiene domicilio en aquél.

Como se dijo anteriormente, resulta deber del juez intentar la conciliación, y éste es un principio común a todo procedimiento. La conciliación es aplicable en forma general en todo litigio, por ello el legislador ha establecido ciertos medios para que el juez o las partes puedan redirigir la instancia hacia una solución amigable²³⁰.

Además de esta disposición general, el legislador ha establecido para ciertos procedimientos particulares, modalidades especiales, instituyendo una conciliación previa facultativa, y en ciertos casos obligatorios. Se trata de la conciliación ante el Juez de instancia y de proximidad, regulado en los artículos 830 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil. Ante el juez de instancia, el legislador obliga al juez a esforzarse por conciliar a las partes (artículo 840 y 847 del NCPC). Las otras disposiciones referidas a esta modalidad de conciliación no incumben el ámbito de este estudio, por ende no serán incluidas.

²³⁰ DOUCHY-ODOT, MÉLINA; *Procédure Civile*, Ediciones Gualino, 2005, pág 62.

CONCLUSIONES, ESTADÍSTICAS Y PROPUESTA NORMATIVA

I) Conclusiones

Después de hacer un breve repaso por los sistemas procesales más importantes de nuestro ámbito de influencia cultural, nos queda una imagen clara de cómo son abordados y regulados los ADR, específicamente: la negociación, mediación y la conciliación. Con todo, también se debe destacar las profundas diferencias que se pueden apreciar en el tratamiento de la materia entre los diversos sistemas. Diferencias que se acentúan cuando el sistema comparado es el anglosajón con algún sistema europeo continental.

Un primer problema que cabe comentar es el relativo a la necesidad de ofrecer una definición de mediación por vía legislativa. Cuestión, por lo demás, bien debatida por la doctrina extrajera. En Francia existe una definición de mediación como una carga que confiere la ley al juez, sobre el acuerdo de las partes, o de una tercera persona con el fin de acercar a las partes y de confrontar los puntos de vista, tratando de buscar una solución al conflicto que se presenta²³¹. Por otra parte, existen también países que evitan el ofrecer una definición de mediación (Alemania), en atención al carácter eminentemente evolutivo de la institución en comento.

También se puede apreciar que en algunos Estados son las prácticas sobre la mediación las que rigen la institución, mientras que en otros, son las reglas elaboradas por el legislador las que rigen. Un ejemplo de las primeras son: las oficinas de conciliación y comercio que pertenecen a algunas asociaciones determinadas de Inglaterra (*Mediation UK, National Family Mediation, Center of Dispute Resolution, etc.*) que actúan fuera de todo juicio e intervención judicial. Como contraposición, hay países (como Argentina), en que la mediación es absolutamente reglada e impuesta por ley como obligatoria para todas las cuestiones civiles de contenido patrimonial.

Desde otro punto de vista, se puede distinguir países en que la mediación se prevé de manera general por la ley (USA, Alemania, Suecia, Portugal, Hungría, etc.), o bien aquellos que le asignan ciertas materias (como

²³¹ NCPC art. 131-1 y ss.

Bélgica que por reglamento sólo le corresponde materias de Derecho de familia, o el caso de Grecia, que sólo reconoce la mediación fuera del proceso²³²). También es posible encontrar países en que sólo parte de los mismos (regiones o zonas) reconoce aplicación de la mediación, sobre la base de texto legal expreso (España²³³).

Otro problema interesante es saber si la función de la mediación se suple con la conciliación judicial o con la extrajudicial. Así las cosas, podemos ver que en ciertos Estados la conciliación puede ser entregada a un juez o, incluso, a un tercero experto²³⁴. Pero un problema aún más complejo es distinguir, a la luz de las diversas regulaciones, entre mediación y conciliación. Al parecer, la respuesta sólo podría ser entregada si la condicionamos a un sistema procesal concreto. Con todo, si nuestra labor es hacer dogmática procesal civil, debemos abandonar tal salida al dilema. Si bien tenemos presente la advertencia de un jurisconsulto romano «(..) *omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*»²³⁵, la que parece particularmente acertada cuando nos referimos a la naturaleza de una institución. Efectivamente, si analizamos el problema desde una perspectiva dinámica, podríamos concluir que la mediación es un procedimiento dirigido por mediadores (usando la expresión de la ley portuguesa)²³⁶ «*un tercero, neutral, independiente e imparcial, privado del poder de imponer su decisión de manera obligatoria*».

En puridad, podríamos decir que la mediación tiene una naturaleza jurídica *sui generis*, entre jurisdiccional y contractual. Pero lo antes señalado debe ser considerado con reservas y aprensiones. La procesalización de la mediación no ha conducido a la recepción de reglas y formas propias del proceso judicial, como tampoco a la jurisdiccionalización de su resultado. Sin duda, el efecto de la procesalización proviene de la convención entre las partes. La fórmula empleada requiere la participación de las partes, lo que repele la definición de juicio del jurista de Bolonia «*Judicium est actus trium perosnarum*», pero subsiste la figura del juez (pero sin *imperium*), que se coloca por sobre las partes e intenta solucionar el pleito.

Si analizamos las actividades técnicas propias de la mediación²³⁷, podríamos decir que se puede definir como «*pasiva*». Es decir, el mediador tiene por finalidad, más que resolver el conflicto entre las partes, el recobrar la paz en una comunidad dada, a la inversa el conciliador (que normalmente es un juez o un auxiliar de la administración de justicia, o sea pertenece al aparato

²³² CPC griego art. 214 a.

²³³ En Cataluña la *ley sobre mediación familiar*, de 15 de marzo de 2001, es un buen ejemplo de ello.

²³⁴ CPC Italia art. 198

²³⁵ JAVOLENUS, *Digeste*, 50.17, 202.

²³⁶ L. N° 8/2001, art. 35.

²³⁷ NELA, «*Tecniche della mediazione della liti*», *Revista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2003, págs. 1017 y ss.

estatal), sólo tiene la finalidad de resolver el caso, por ello se dice que tiene un rol «activo».

Con todo, la actividad del mediador se encuentra en las antípodas de la función del juez. En la mediación hay una actividad de facilitación (*facilitatory*) o del acuerdo entre las partes, también hay una actividad de evaluación o consejo (*advisory*), y finalmente una actividad de formulación de proposiciones para la composición del conflicto.

Así las cosas, podríamos decir que la noción que define al mediador del conciliador es, precisamente, la última de las actividades antes señalada del mediador, a saber: la de formular proposiciones de composición.

En cuanto a la conciliación, podemos apreciar que en los diversos sistemas procesales el juez de instancia tiene por misión obtener la conciliación de las partes. Siendo principalmente la denominada «audiencia previa» el momento procesal oportuno para ello (Alemania, España, Francia, Italia, etc.)²³⁸. Con todo, quedan abiertas las posibilidades de alcanzar un acuerdo en cualquier estado del pleito.

En lo que respecta a la mediación, no podemos mantener la afirmación anterior. Efectivamente, la mediación se va a realizar normalmente ante una persona distinta del juez de instancia. Otra observación es que la mediación se puede realizar fuera de todo proceso judicial o con relación a alguno, en que el propio juez es quien ha designado al mediador. En la doctrina francesa se conoce estos dos tipos de mediación como: *mediation préalable* y *mediation par incident*.

Respecto de la primera, o sea la *mediation préalable*, cabe preguntarse si ésta debería ser obligatoria o facultativa. Es decir, si para acceder al juicio jurisdiccional posterior es necesario pasar de manera previa por un procedimiento de mediación, o por el contrario, es sólo una posibilidad que entrega el sistema procesal al futuro demandante. Un caso paradigmático es Portugal, en que la sanción por la omisión es radical: la nulidad del procedimiento posterior, que podrá ser invocado sólo por las partes²³⁹.

Un problema diverso es saber en qué casos la demanda de mediación o conciliación interrumpe o suspende la prescripción en relación a la demanda judicial posterior. La respuesta de los distintos ordenamientos es positiva en atención al argumento siguiente: si la tentativa de conciliación o de mediación es obligatoria, la parte podría sufrir un perjuicio en sus derechos delante de una forma de «jurisdicción condicional». En cuanto al efecto propio,

²³⁹ CPC Portugal, art. 201 y 202.

es decir, si suspende o sólo interrumpe la prescripción, dependerá de una decisión del legislador de cada país, acorde con su sistema jurídico.

En cuanto a la *mediation par incident*, cabe reflexionar sobre la designación que el juez realiza del mediador. Es decir, si requiere el acuerdo de las partes o si por el contrario no es necesario dicho consentimiento. La verdad es que sólo es posible concebir la designación del mediador con el acuerdo de las partes y posterior confirmación de la designación del mismo de los litigantes.

Sobre todo, la elección del mediador debe realizarse sobre la base de una serie de criterios objetivos, siendo preciso conformar una lista previa sobre la cual el juez pueda trabajar²⁴⁰. Las condiciones objetivas para ser designado mediador deben ser entregadas por el legislador, pero siempre deberá acreditarse que cuenta con las garantías de imparcialidad e independencia necesaria para ejercer el cargo.

En cuanto a los principios que deben regir la mediación, la premisa básica es que el procedimiento de mediación debe ser ágil y desformalizado, pero sin renunciar a los principios fundamentales del procedimiento judicial. En otras palabras, los términos que las partes pacten la mediación predominan por sobre un posible estatuto supletorio. Pero siempre sobre las condiciones de las partes deben encontrarse las reglas básicas que nos entrega la garantía constitucional del debido proceso²⁴¹.

Un punto que vale la pena tener presente es el relativo a los poderes del mediador en relación con la recogida de los elementos de prueba. En otras palabras, si la visión de un juez activo en materia probatoria es transferible al mediador. La respuesta correcta debería ser la negativa, como bien se dispone en la legislación francesa²⁴².

Una cuestión muy importante es el deber de confidencialidad que debe recaer sobre la persona del mediador. Desde una perspectiva práctica, la pregunta sería: ¿Las pruebas presentadas mientras se encuentra pendiente la mediación, podrían ser utilizadas en el procedimiento judicial posterior? La respuesta que debe prevalecer es la negativa, por aplicación del *principio de confidencialidad* que pesa sobre las partes y el mediador. El libro verde de la Unión Europea remarca la importancia del deber de confidencialidad²⁴³.

Pero, ¿cuál sería otra posible obligación que pesaría sobre el mediador? Si recurrimos a la ley portuguesa²⁴⁴, ella nos señala que el mediador tiene el

²⁴⁰ Libro verde, N° 30.

²⁴¹ En general es la opinión de la mayor parte de los sistemas procesales civiles de los países europeos (Alemania, España, Francia, etc.)

²⁴² NCPC, art. 131-8.

²⁴³ Libro verde, § 3.2.2.1 N° 79, 80, 81.

²⁴⁴ L. N° 78/2001, art. 30 N° 2.

deber de ser «imparcial, independiente, creíble, competente, mantener la confidencialidad y diligente». Precisamente, esta última es la que analizaremos, es decir, la de diligencia. El procedimiento de mediación debe presentar ventajas por sobre el procedimiento judicial, el que debería ser el nivel de diligencia que asume el mediador debe tener un estándar mayor, para que así se dé prestigio y confianza a la mediación como institución

Un tema que nadie deja de comentar, es el problema de la remuneración del mediador. La primera afirmación que debe quedar asentada de entrada es que la mediación no es gratuita. La remuneración, por lo general, es fijada por los jueces en la mediación judicial²⁴⁵ o por las partes en los centros de mediación cuando nos encontramos frente a una absolutamente extrajudicial.

También se discute si la remuneración debe ser fija o variable. Los indicadores para determinarlo son de tres tipos: a) si se tiene un nombre concreto de un mediador y la duración de las sesiones; b) si se considera a la mediación una obligación de resultado, es decir exigir un trabajo de calidad del mediador solucionando el caso concreto; y, c) si la mediación es renunciable o no, y las posibles soluciones intermedias.

Otro aspecto es el relativo a la responsabilidad del mediador. La controversia sobre la naturaleza y sus límites de su responsabilidad, como de las sanciones inherentes, son variables en atención a la legislación que observamos.

Lo primero que se debe dejar claro es que se aplica el derecho común de la responsabilidad contractual²⁴⁶. Por otro lado, la violación de las obligaciones del mediador deben ser tratadas de manera diversa por ser obligaciones de consejo: primero, una *psicológica*, es decir aquella contenida en el acuerdo que escapa a la labor de mediador; otra *jurídica*, es decir aquella que nace de la validez y la eficacia jurídica del acuerdo alcanzado. Con todo, desde una perspectiva contemporánea, la mediación hoy se entrega no sólo a juristas, con lo que el segundo ámbito de la responsabilidad debe ser revisado en su alcance.

Finalmente, desde un punto de vista del usuario de la administración de justicia, el resultado de la misma es muy importante. Es decir la eficacia del acuerdo al término de la mediación y la posibilidad de su homologación ante la autoridad judicial.

En Derecho comparado, el aspecto más importante es que el documento que firme el mediador y las partes debe tener fuerza ejecutiva, al igual que la conciliación obtenida en sede *intrapocesal*. En algunos casos se

²⁴⁵ NCPC, Francia, 131-13.

exige que el documento en que consta la mediación sea objeto de un acto de homologación por el Poder Judicial del país.

Como hemos podido apreciar en los párrafos anteriores, el tema de los medios alternativos de solución de controversias en materia civil (ADR), es una cuestión que se encuentra sobre el tapete de discusión de todos los Estados de la Unión Europea. En otras palabras, el movimiento de reforma del proceso civil, que el «viejo continente» ha comenzado desde finales del siglo pasado, ha llevado a discutir y contemplar, en sus respectivos ordenamientos, la existencia de estos mecanismos que tienen una larga historia en los países del *Common Law*.

Efectivamente, es sorprendente cómo en un espacio de tiempo, más bien limitado, los sistemas procesales civiles de la Europa continental han comenzado a mirar hacia los sistemas procesales anglosajones en busca de soluciones pragmáticas, eficaces y rápidas para el problema de la justicia civil.

Es más, la propia Unión Europea incentiva esta línea de acción a través de Directivas y trabajos encaminados a crear conciencia en la necesidad de adoptar estos métodos.

II) Estadísticas de eficacia en Francia

De acuerdo al informe elaborado por el Ministerio de Justicia francés el año 2002²⁴⁷ (no se encontró informe más reciente) «La mediación judicial civil en cifras», que refleja la situación de la mediación en Francia al 31 de octubre de 2001, esto es, transcurridos cinco años desde la implementación de la mediación civil²⁴⁸:

1) La mediación civil ha tenido un desarrollo muy modesto, siendo la oferta de mediación muy superior a la demanda:

· La mediación familiar es la que ha tenido mayor desarrollo, y es la que aparece más representada en la mayoría de las jurisdicciones. La demanda está cubierta principalmente por las asociaciones²⁴⁹ de

²⁴⁷ Ver el sitio web del Ministerio de Justicia de la República de Francia en la red:: <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapportmedjud2002.pdf>

²⁴⁸ Mediante la ley de 8 de febrero de 1995, y el decreto de 22 de julio de 1996. Por lo tanto, este informe no toma en cuenta los efectos producidos por algunas leyes posteriores destinadas a producir efectos en materia de mediación, especialmente en materia de familia, y tampoco considera los efectos de diversas mediadas adoptadas por los poderes públicos para adoptar la medios alternativos de resolución de conflictos.

²⁴⁹ 228 asociaciones y 48 mediadores independientes proponen sus servicios a 140 tribunales de gran instancia (de 170 que han sido considerados), y a 12 Cortes de Apelaciones (de las 28 consideradas). Se obtiene una media de 1,8 entidades de mediación por jurisdicción.

mediación. Existe oferta de estos servicios en la mayoría de los tribunales de gran instancia y en las Cortes de Apelaciones.

- En materia de mediación civil fuera de los casos de familia, las características de la oferta varían. El sector asociativo es minoritario en relación a los independientes y las jurisdicciones que declaran disponer de alguna oferta de estos servicios de mediación representan apenas un cuarto del total de las jurisdicciones consultadas²⁵⁰.

2) De esta oferta -sea que se considere importante o no- los jueces resultan utilizar poco la mediación, en relación al número de tribunales concernidos y al número de causas derivadas a mediación. Esta práctica contrasta con la opinión general de los jueces consultados, que resulta ser muy positiva en atención a la mediación.

- En materia de familia, un poco más de un tercio de 152 jurisdicciones que declararon contar con una entidad de mediación (3 Cortes de Apelaciones y 54 Tribunales de Gran Instancia) habían adoptado en total 213 medidas en el mes de octubre de 2001. Estas medidas representan una fracción ínfima de los asuntos tratados por estas jurisdicciones: 1,6 % de los asuntos de familia de los Tribunales de Gran Instancia; y 2,3% de las de las Cortes de Apelaciones.

- Fuera del ámbito de familia, el recurso a la mediación es irrisorio, y sigue la lógica de la escasez en la oferta: apenas algo más del cuarto de los tribunales que declararon disponer de oferta (5 Cortes de Apelaciones, 20 Tribunales de Gran Instancia y 8 Tribunales de Instancia) habían tomado al menos una medida durante el mismo mes de referencia, en un total de 130 medidas. Relacionadas con el conjunto de asuntos recibidos por las jurisdicciones concernidas, las tasas de mediación se reparten en 1,5 % para las Cortes de Apelaciones y 1,1 % para los Tribunales de Gran Instancia, lo mismo que para los de Instancia.

²⁵⁰ 66 asociaciones y 362 mediadores independientes (de los cuales 206 fueron citados únicamente por la Corte de Apelaciones y el tribunal de Gran Instancia de París) proponen sus servicios a solo 124 tribunales de instancia, de Gran Instancia, y Cortes de Apelaciones, sobre 530 jurisdicciones consideradas.

- 76 tribunales de Gran Instancia (sobre 170 considerados) indican presencia de entidades de mediación. Excluyendo el caso de París, estos tribunales disponen de una oferta comparable a la de la mediación familiar, con 126 entidades (55 asociaciones y 71 mediadores independientes, esto es, una media de 1,7 por tribunal).

- Las Cortes de Apelaciones vienen en segundo lugar en este tipo de mediación. 6 de ellas declaran al menos presencia de una entidad de mediación «general». Los mediadores fuera de París, se reparten entre 30 mediadores independientes y 5 asociaciones.

- Los tribunales de instancia son de lejos los menos concernidos por la mediación: solo 42 (de los 322 que responden) declaran disponer de instancias de mediación en su ámbito de competencia (22 asociaciones y 55 mediadores independientes). Esta escasa contribución puede explicarse por el hecho que estas jurisdicciones cuentan con la posibilidad de acudir a conciliadores de justicia benévolo, a los cuales se puede acudir durante toda la instancia y sin necesidad de formalidades (desde el decreto de 28 de diciembre de 1998).

En ambas formas de mediación, algunos jueces presentan una práctica asidua, que resulta muy aislada: en mediación familiar un juez adoptó por sí solo 12,4 % de las medidas consideradas para los 54 Tribunales de Gran Instancia, representando estas medidas un tercio de sus asuntos en familia. Fuera del ámbito de familia, una sola Corte de Apelaciones contribuyó a ordenar la mitad de las mediaciones consideradas en apelaciones (28 sobre 56), representando 8,7 % de los asuntos nuevos de esa Corte.

El objetivo del informe es evaluar la aplicación de los textos legales de 1995 y 1998 que introducen «una nueva categoría de mandato judicial», que consiste para el juez, en designar una tercera persona previo acuerdo de las partes, encargada de proceder a una mediación, en cualquier estado del procedimiento.

Esta es la primera evaluación (y me atrevería a decir que es la única porque no encontré nada más en el Ministerio de Justicia) que permite apreciar la distribución de la oferta del servicio en el territorio nacional (número de asociaciones y de mediadores independientes en el plano nacional, y en el ámbito de cada jurisdicción); ni la magnitud de la demanda de las jurisdicciones (cantidad y frecuencia de las medidas de mediación ordenadas por los jueces). Faltaban también antecedentes sobre el costo de las medidas y su forma de repartición (monto de las provisiones; proporción de gastos en mediación cubiertos por ayuda jurisdiccional, monto de las remuneraciones definitivas). Faltaban finalmente informaciones sobre los sectores jurídicos concernidos por este tipo de mandatos – pudiendo ser la mediación ordenada en cualquier tipo de litigio y en cualquier instancia del procedimiento⁻²⁵¹.

III) Muestra estadística del funcionamiento de la mediación en el Estado de Illinois

El Estado de Illinois en Estados Unidos es uno de los tantos en donde tiene aplicación la mediación derivada desde el propio sistema judicial. Estos programas de mediación fueron aplicándose por circuito judicial, por lo que hay circuitos en donde llevan varios años aplicando estos programas, mientras que hay otros en donde recién comienzan a ser aplicados. Esta muestra tiene la ventaja de mostrar estadísticas del funcionamiento de la mediación en programas que llevan largo tiempo siendo aplicados, por lo que su funcionamiento resulta especialmente demostrativo de la eficacia de la mediación a largo plazo. Además se incluye un desglose de la estadística que muestra el funcionamiento de la mediación en cada área del derecho, lo que también puede servir para sacar provechosas conclusiones respecto al desenvolvimiento de la mediación en cada área. La muestra arroja los siguientes resultados:

¹ Para ver cifras y gráficos ver sitio WEB antes señalado.

a) Del total de casos ingresados a los programas de mediación, más de la mitad obtienen acuerdos totales, y otro porcentaje menor obtiene acuerdos parciales.

b) A medida que el programa de mediación se estabiliza en el tiempo el porcentaje de acuerdos tanto totales como parciales sube; cada año el porcentaje de casos resueltos vía mediación tiende a subir.

c) Ciertos tipos de casos obtienen de la mediación un resultado más satisfactorio, entre ellos: los casos de mala práctica médica, de lesiones por productos defectuosos, casos de lesiones menores, ciertos casos contractuales.

a) Por otro lado, hay ciertos tipos de casos que ingresan menos a los programas de mediación y que obtienen de éstos resultados muy poco satisfactorios, entre ellos: los relativos a materia probatoria y bienes raíces.

A continuación se acompaña la muestra detallada:

1. Circuito de Corte del Condado de Cook

Total de casos enviados al sistema

INICIO DEL PROGRAMA	05/04/04	
DURACION DEL PROGRAMA (en años)	1.0	
FECHA DE LA MUESTRA	30/04/05	
	Número	Porcentaje
ACUERDOS	135	51%
ACUERDO PARCIAL	11	4%
SIN ACUERDO	120	45%
TOTAL	266	100%

RESULTADOS POR TIPO DE CASO								
PERIODO DE TIEMPO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO		TOTAL
AÑO	FECHA	#	%	#	%	#	%	
1 (año parcial)	05/04/04 31/12/04	128	50%	11	4%	115	45%	254
2 (año parcial)	01/01/05 30/04/05	7	58%	0	0%	5	42%	12
TOTAL /% SOBRE EL TOTAL 1.0 años		135	51%	11	4%	120	45%	

2. Circuito Judicial 17° de Illinois
Total de casos enviados al sistema

INICIO DEL PROGRAMA	01/03/93	
DURACION DEL PROGRAMA (en años)	12.50	
FECHA DE LA MUESTRA	30/09/05	
	Número	Porcentaje
ACUERDOS	828	62%
ACUERDO PARCIAL	29	2%
SIN ACUERDO	473	36%
TOTAL	1330	100%

RESULTADOS POR AÑO								
PERIODO DE TIEMPO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO		TOTAL
AÑO	FECHA	#	%	#	%	#	%	
1 (año parcial)	01/03/93 31/12/93	21	44%	1	1%	26	54%	48
2	01/01/94 31/12/94	86	59%	6	4%	53	37%	145
3	01/01/95 31/12/95	102	63%	5	3%	55	34%	162
4	01/01/96 31/12/96	101	70%	1	1%	43	30%	145
5	01/01/97 14/10/97	95	69%	1	1%	42	30%	138
6	01/01/98 31/12/98	72	67%	4	4%	32	30%	108
7	01/01/99 31/12/99	66	63%	0	0%	39	37%	105
8	01/01/00 31/12/00	59	59%	4	4%	37	37%	100
9	01/01/01 31/12/01	67	68%	2	2%	30	30%	99

PERIODO DE TIEMPO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO		TOTAL
AÑO	FECHA	#	%	#	%	#	%	
10	01/01/02 31/12/02	46	73%	0	0%	17	27%	63
11	01/01/03 31/12/03	41	41%	1	1%	58	58%	100
12	01/01/04 31/12/04	54	64%	1	1%	30	35%	85
13	01/01/05 30/06/05	18	50%	3	12%	11	38%	32
TOTAL /% SOBRE EL TOTAL 1.0 años		828	63%	29	2%	473	36%	1330

RESULTADOS POR TIPO DE CASO

TIPO DE CASO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO		TOTAL
% DEL TOTAL DE CASOS		#	%	#	%	#	%	
Archivos públicos	2%	15	71%	0	0%	6	29%	21
Materias concernientes a embargos de propiedad	1%	6	55%	0	0%	5	45%	11
Contratos	5%	33	50%	2	3%	31	47%	66
Contratos de negocios	3%	18	45%	1	3%	21	53%	40
Contratos de trabajos	1%	11	61%	0	0%	7	39%	18
Contrato de bienes raíces	1%	5	31%	0	0%	11	69%	16
Lesiones personales	26%	214	61%	7	2%	128	37%	344
Lesiones a peatones	3%	25	66%	2	5%	11	29%	38
Lesiones por accidentes automovilísticos	41%	358	66%	8	1%	174	32%	539
Lesiones por malas prácticas médicas	7%	75	75%	4	4%	21	21%	100

NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

TIPO DE CASO	ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO		TOTAL	
	% DEL TOTAL DE CASOS	#	%	#	%	#	%	
Lesiones personales por productos defectuosos	1%	5	71%	0	0%	2	29%	7
Materias probatorias	0%	0	0%	0	0%	1	100%	1
Indeterminado	5%	34	55%	1	2%	27	44%	62
Muerte culposa	5%	29	48%	4	7%	28	46%	61
Total		828	62%	29	2%	473	36%	1330

3. Circuito Judicial 19° de Illinois
Total de casos enviados al sistema

INICIO DEL PROGRAMA	01/11/96	
DURACION DEL PROGRAMA (en años)	5.50	
FECHA DE LA MUESTRA	30/04/02	
	Número	Porcentaje
ACUERDOS	180	58%
ACUERDO PARCIAL	4	1%
SIN ACUERDO	127	41%
TOTAL	311	100%

RESULTADOS POR AÑO							
PERIODO DE TIEMPO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO	TOTAL
AÑO	FECHA	#	%	#	%		
1	01/01/97 31/12/97	23	52%	21	48%		44
2	01/01/98 31/12/98	30	67%	15	33%		45
3	01/01/99 31/12/99	24	53%	21	47%		45
4	01/01/00 31/12/00	31	56%	24	44%		55

PERIODO DE TIEMPO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL SIN ACUERDO		TOTAL
AÑO	FECHA	#	%	#	%	
5	01/01/01 31/12/01	65	61%	41	39%	106
6	01/01/02 30/04/02	7	44%	9	56%	16
TOTAL /% SOBRE EL TOTAL 5.5 años		180	58%	131	42%	311

RESULTADOS POR TIPO DE CASO

TIPO DE CASO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL SIN ACUERDO		TOTAL	
% DEL TOTAL DE CASOS		#	%	#	%	#	%
Archivos Públicos	1%	1	25%	0	0%	3	75%
Contratos	13%	18	44%	1	2%	22	54%
Contratos comerciales	4%	9	75%	0	0%	3	25%
Contratos de construcción	4%	1	9%	0	0%	10	91%
Contratos, declaraciones juradas	2%	1	14%	0	0%	6	86%
Contratos dueños arrendatarios	1%	2	67%	0	0%	1	33%
Contratos de bienes raíces	3%	4	40%	0	0%	6	60%
Disputas laborales	3%	3	33%	0	0%	6	67%
Lesiones personales	17%	39	72%	0	0%	15	28%
Lesiones por accidentes automovilísticos	36%	79	71%	0	0%	32	29%
Lesiones a peatones	1%	2	67%	0	0%	1	67%
Materia probatoria	1%	0	0%	1	50%	1	50%
Negligencia profesional	3%	5	50%	0	0%	5	50%

NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

TIPO DE CASO		ACUERDO		ACUERDO PARCIAL		SIN ACUERDO		TOTAL
% DEL TOTAL DE CASOS		#	%	#	%	#	%	
Daños a la propiedad	2%	3	60%	0	0%	2	40%	5
Disputas de la propiedad fiscal	4%	2	18%	0	0%	9	82%	11
Acta de trabajo estructural	1%	2	67%	1	33%	0	0%	3
Indeterminado	2%	2	33%	1	17%	3	50%	6
Muerte culposa	3%	7	78%	0	0%	2	22%	9
TOTAL		180	58%	4	1%	127	41%	311

Fuente de la muestra: <http://www.caadrs.org/statistics/stats.htm>

IV) Estadísticas de la eficacia en Alemania

Mediación en Paderborn

En los primeros doce meses desde la puesta en marcha del proyecto, en las **có**maras civiles del Tribunal se han llevado a cabo en total, 453 procesos civiles por medio de mediación, y también, 20 procesos de apelación. La mayor parte de estos corresponden a:

- conflictos de arquitectos y obreros (alrededor del 20% de las causas).
- procesos de carácter familiar: cuestiones de carácter matrimonial o sucesorio
- cuestiones relativas a contratos de venta y de obra.
- también presentaron a menudo conflictos de carácter societario y crediticio.

En el 65% de los procesos ambas partes consintieron en llevar a cabo mediación judicial. Por eso, se pudieron llevar a cabo, en el transcurso del primer año, 245 Audiencias de mediación:

- en 167 casos el conflicto de cerró a través de un acuerdo.
- en 3 casos mediante el allanamiento o desistimiento de la acción.

Además, en 7 casos, las partes lograron de forma independiente, después del término del coloquio de mediación (*Mediationsgespraeches*) una solución, a través de la cuál también se le puso término al conflicto. Así las cosas, el total de causas que llegaron a salir del sistema equivalen al 75%. En el año 2005 la cifra de los arreglos logrados en el Tribunal de Paderborn ascendieron, en relación a la cifra general de acuerdos y en comparación con el año anterior en un 19,4% , frente a un 21,8% en 2003.

El porcentaje **má**s elevado de éxito se verificó en los Tribunales de primera instancia. De los procesos de primera instancia del distrito del Tribunal de Padernborn se concluyeron 175 procesos mediante mediación. El porcentaje de aprobación se situó en un 71%, por lo que en primera instancia se dirigieron 95 Audiencias de mediación. Por otro lado, el 66% de las Audiencias (*Termine*) pudieron ser terminadas exitosamente mediante un arreglo de las partes.

Enero de 2006

Un año de mediación judicial en el Tribunal del distrito de Paderborn

En total se han dado en el Tribunal Provincial de Paderborn 453 procesos civiles pendientes bajo mediación. Con un porcentaje de acuerdo de las partes al menos de casi 2/3 se logró, por consiguiente, llegar a mediación en un 13,5% de los procesos civiles de primera instancia del Tribunal provincial.

En el año 2005 se encontraron, en total, 245 Audiencias de mediación, de las cuáles en un 75% de los casos se logró acuerdo. De esta manera, considerando la cifra total de acuerdos, se elevó la cifra en el Tribunal de Paderborn en el año 2005, en un 19,4% en comparación al año anterior y en un 21,8% en relación al año 2003.

De los procesos en primera instancia del distrito del Tribunal de Paderborn se resolvieron 175 procesos mediante mediación. En el 71% de los procesos ambas partes consintieron en la mediación judicial.

Por consiguiente, los cuatro jueces mediadores de primera instancia pudieron dirigir en el primer año del proyecto, 95 Audiencias de Mediación.

Mediación en el Tribunal de Göttingen

Los resultados del proyecto fueron muy distintos entre los tribunales interesados. Así, en el Tribunal de Hannover se cerraron entre Diciembre de 2002 y Junio de 2004 108 procesos, de los cuáles 46 terminaron con un acuerdo, es decir, un 43%. Alrededor de aproximadamente el 75% del Tribunal de Göttingen cerró en el mismo período de tiempo 548 mediaciones, de ellas 487 con acuerdo, es decir, 89%.

Los otros Tribunales parte del proyecto, tuvieron una cifra de acuerdos en procesos de mediación que se sitúan entre el Tribunal de Hannover y el de Göttingen. En el año 2004 se mediaron en el Tribunal de Hannover 627 procesos, de esos 543 con éxito, en consecuencia escasamente 87%.

En opinión del Profesor y magistrado **Karl- Heinrich Matthies**: En el transcurso de nueve meses durante el año 2004, en el Tribunal y la Alta Corte Regional ocupé el 50% de mi fuerza de trabajo en procesos de mediación, luego, el 25%.

En ese espacio de tiempo dirigí 100 sesiones de mediación, de las cuáles 12 terminaron sin arreglo o conciliación, 83 con arreglo, y hay 5 en que aún los resultados están abiertos. En estas sesiones se trataron diversas materias de derecho.

En el año 2004 se logró con la ayuda de la Mediación, optimizar la cuota de arreglos del Tribunal, en relación con las decisiones controvertidas expresadas, desde un 36% en el año 2002 (casi sin Mediación) a un 50%.

V) Propuestas para una legislación sobre mediación y conciliación

a) Estatuto de la mediación

Luego de haber estudiado la regulación de la mediación en el derecho comparado, es dable concluir que la tradición jurídica anglosajona presenta considerables ventajas que han de ser tomadas en cuenta a la hora de construir un modelo legislativo para futuras legislaciones sobre la mediación en Chile, pues ofrece una importante garantía de experiencia normativa en el manejo de los mecanismos alternativos al juicio, entre ellos la mediación. Del estudio de la regulación que recibe la mediación en los países anglosajones – especialmente en Estados Unidos- se han extraído algunas ideas que han sido recogidas para esta propuesta de legislación sobre Mediación.

En primer lugar, consideramos que es conveniente distinguir entre una normativa que aborde la mediación de un modo genérico, y una normativa que especifique sus características cuando ésta sea aplicada en ámbitos específicos del derecho. De esta manera, nuestra propuesta se construye como sigue:

Sobre la Mediación en general

1. Definición de mediación

Es recomendable incluir un primer artículo que se encargue de dar un concepto legal de lo que debe entenderse por mediación, y que a su vez sirva para delimitar el ámbito de aplicación de las normas subsiguientes.

Artículo tentativo

Por mediación se entenderá aquel proceso de resolución de disputas en el cual un tercero neutral llamado mediador, facilita la comunicación y negociación entre las partes para que éstas logren llegar a un acuerdo voluntario y mutuamente aceptable que ponga fin a la disputa.

2. Principios que informan la mediación

Si bien es posible incluir los principios rectores de la mediación en la propia definición de ésta, un artículo que se preocupe especialmente de recoger en forma ordenada estos principios sirve para poner especial énfasis en éstos y diferenciar así la mediación del proceso jurisdiccional u otros mecanismos alternativos al juicio.

Artículo tentativo

La mediación se caracteriza por ser un proceso no adversarial, rápido, informal pero con cierta estructura, confidencial y voluntario. En el contexto de la mediación el poder de decisión siempre recae en las partes, nunca en el mediador.

3. Deber y privilegio de reserva en la mediación

Uno de los puntos fundamentales en la mediación es la confidencialidad que debe revestir el proceso, pues sin ella el objetivo propio de la mediación no podría cumplirse. Es por eso que es recomendable consagrar al menos algunos artículos que se encarguen de regular este punto, es decir, de consagrar un deber de reserva respecto de lo ventilado durante la mediación. Sin embargo, dado que es necesario ponderar la necesidad de las partes de mantener la confidencialidad del proceso comunicativo con las necesidades propias de un sistema de justicia, es recomendable consagrar también las excepciones a este deber de reserva.

Artículos tentativos

i La mediación es un proceso confidencial. La confidencialidad propia de este proceso alcanza tanto a las comunicaciones verbales o escritas que se den entre las partes, como también a documentos u otras informaciones ventiladas durante la mediación; y obliga a mantener, respecto de éstas, un deber de reserva que afecta tanto a las partes intervinientes, como a sus asesores, y al propio mediador. Asimismo, respecto de este último se aplicará lo dispuesto en el artículo 360 N°1 del Código de Procedimiento Civil.

ii. En virtud del deber de reserva queda prohibido divulgar la información conocida a raíz de una mediación, así como invocarla en procesos posteriores. A estos efectos es irrelevante que la mediación haya o no concluido en acuerdo.

iii. La violación del deber de reserva otorgará acción tanto para evitar una declaración que se pretende hacer en violación al deber de reserva, como para resarcir una declaración ya hecha en violación del deber de reserva. La acción de indemnización de perjuicios se otorgará a todos los afectados. En forma adicional, las declaraciones hechas en violación del deber de reserva no deberán ser tomadas en cuenta por los tribunales u otras autoridades.

iv. El privilegio de reserva no se aplicará en los siguientes casos:

- I) Si dicho privilegio ha sido expresamente renunciado por la parte a quien beneficia,*
- II) Respecto de las comunicaciones que consten en un acuerdo escrito y suscrito por todas las partes en el acuerdo,*
- III) Respecto de las comunicaciones hechas durante una sesión abierta al público,*
- IV) Respecto de las comunicaciones que consisten en amenazas o declaraciones de infligir daño,*
- V) Respecto de comunicaciones hechas con intención de planear, cometer u ocultar un delito o crimen,*

VI) *Respecto de comunicaciones que buscan desmentir un reclamo o demanda por mala práctica del mediador,*

VII) *Si la necesidad de revelación se funda en graves motivos de interés público.*

4. Estructura de la mediación

Si bien la mediación es un proceso informal, y por lo tanto, no queda sujeta a etapas rígidas, sí puede ser útil señalar una cierta estructura que sirva de guía a las partes en la conducción del proceso, y que se encargue de aclarar ciertos aspectos procesales de la misma.

Artículos tentativos

i. *La mediación es un proceso informal y esencialmente voluntario, por lo que serán las partes las encargadas de ir delineando las fases de la misma. Sin embargo, un proceso de mediación suele estructurarse sobre la base de tres grandes etapas: una primera en que se plantea la disputa desde la perspectiva de cada parte y se identifican los focos de conflicto, una segunda en que se generan posibilidades de acuerdo, y una última en que se detalla y precisa el futuro acuerdo entre las partes.*

ii. *Las etapas de la mediación podrán desarrollarse mediante sesiones conjuntas, privadas o mediante una combinación de éstas.*

iii. *Las partes podrán o no establecer plazos para las etapas que estimen convenientes.*

iv. *Las partes podrán recurrir representadas a la mediación.*

v. *La mediación podrá ser iniciada por la libre solicitud de las partes, o por sugerencia y posterior derivación desde el sistema judicial. En este último caso, el proceso judicial quedará suspendido mientras dure la mediación.*

vi. *En caso de que la mediación concluya en acuerdo, se dejará constancia de éste por escrito, acta que deberá ser firmada por las partes y por el mediador. Este acuerdo tendrá valor de equivalente jurisdiccional. En caso de que no se llegase a acuerdo la mediación concluye, y, en los casos que corresponda, se reanudará el proceso judicial desde donde había sido suspendido.*

5. Financiación de la mediación

Es conveniente dejar establecido por ley cómo habrán de financiarse los programas de mediación, quién asumirá los costos, en qué casos etc. Si bien los detalles de esta regulación no pueden ser incluidos a nivel legal, sí deben señalarse las grandes líneas de financiamiento de programas de mediación.

Artículo tentativo

A menos que exista acuerdo en otro sentido, la mediación será financiada por ambas partes de acuerdo a un sistema de tarifas que se configurará en relación proporcional a los ingresos de cada parte. Será función de la Corte Suprema elaborar dicho sistema de tarifas, el cual tendrá una vigencia anual. En aquellos casos en que una parte no pueda financiar los gastos de la mediación se preverá un sistema de financiación pública a ser regulado en el reglamento.

6. Casos en que la mediación no se aplica

De las propias características de la mediación se deduce que habrá ciertos casos en que la mediación no resulta adecuada como método de solución de conflictos.

Artículo tentativo

La mediación no se aplicará en aquellos casos en que el ejercicio de la jurisdicción sea necesario por motivos de interés público, tales como el conocimiento de delitos de acción pública, delitos contra la seguridad del Estado, u otros.

Sobre los Mediadores

1. Definición y Rol del mediador

Es importante esclarecer las funciones propias del mediador de modo que, por un lado, quienes ejerzan este oficio no excedan del ámbito de lo permitido en el contexto del sistema que constituye la mediación; y que por otro, no se limiten más allá de lo que sea necesario.

Artículos tentativos

i. Se denomina mediador a aquel tercero neutral e imparcial, que sin tener poder sobre las partes, se encarga de ayudar a éstas a que en forma cooperativa encuentren un acuerdo que les resulte mutuamente aceptable.

*ii. El Rol del mediador incluye, entre otros, facilitar el proceso de comunicación y **por ende** de negociación entre las partes, asistir a las partes en la identificación de los focos de conflictos, así como de los puntos de interés común, ayudarlas en explorar alternativas de acuerdo, etc.*

2. Requisitos para ser mediador

Es discutida la conveniencia de legislar sobre este punto. Para algunos el establecimiento de requisitos legales podría convertirse en un obstáculo para el libre desenvolvimiento de este oficio. Sin embargo, dada la importancia que reviste el mediador y su preparación para el éxito de la mediación, debiese ser un interés del legislador asegurarse de que éstos se encuentran lo suficientemente preparados para llevar a cabo la tarea que se les asigna.

Artículo tentativo

Para ejercer válidamente como mediador será necesario dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

- I) *Ser mayor de edad,*
- II) *Contar con un título universitario,*
- III) *Haber cursado con éxito algún curso relativo a mecanismos alternativos al juicio y que se imparta por una institución debidamente acreditada,*
- IV) *Encontrarse debidamente registrado,*
- V) *Comprobar que se cuenta con las instalaciones necesarias para ejercer las funciones propias de la mediación,*
- VI) *No encontrarse afecto, respecto de las partes, a alguna de las causales de implicancia o recusación señaladas en el Código Orgánico de Tribunales.*

3. Deber de reserva

Si bien ya se hizo alusión a este deber de reserva, dada la importancia que éste reviste, no debiese omitirse una referencia a éste a la hora de regular la normativa de los mediadores. En cuanto a eventuales sanciones por el incumplimiento a este deber, estimo que deberían ser reguladas en detalle por el reglamento u otra norma. En cualquier caso, las sanciones podrán ser desde amonestaciones, multas, suspensiones y hasta cancelación perpetua del registro.

Artículo tentativo

Los mediadores están obligados a guardar reserva de lo que hayan conocido con ocasión de la mediación, salvo que haya un grave interés público comprometido. La contravención a este deber originará las sanciones pertinentes llegando incluso a la cancelación del registro. A su vez, los mediadores gozan de un privilegio de reserva equivalente al secreto profesional, por lo que se les aplicará lo dispuesto en el artículo 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil.

4. Registro de mediadores

Es recomendable consagrar la obligación de llevar un registro oficial de los mediadores habilitados para ejercer. De este modo, se hace más fácil su fiscalización y la derivación de casos provenientes del sistema judicial. No es necesario que el detalle de la confección de dicho registro se incluya a nivel de regulación legal, pero deberá regularse quién será el encargado de realizarlo y en qué plazo.

Artículo tentativo

Se confeccionará un registro oficial de los mediadores e instituciones de mediación habilitados para ejercer como tales. Dicho registro deberá renovarse cada seis meses y estará a disposición de quien lo solicite en todos los tribunales del país.

Tipos específicos de Mediación

La mediación puede ser utilizada en distintos contextos. Es por eso que conviene hacer algunos alcances según cuál sea el ámbito en que este método reciba aplicación. En cualquier caso, es la legislación especializada la que debiese incluir entre sus normas los alcances que quepa hacerse de la mediación en cada caso, pero igualmente señalaremos algunas de las características que cabe recalcar de la mediación en estos ámbitos particulares.

Mediación familiar

En materia de derecho de familia la mediación resulta especialmente ventajosa, pues se trata de relaciones que han de perdurar en el tiempo y que, por lo mismo, no conviene que sean sometidas a un sistema fuertemente adversarial como el litigio. Sin embargo, es indispensable destacar ciertos puntos de interés público que suelen verse involucrados en temas de familia y que no pueden ser vulnerados mediante el uso de la mediación. En atención a esto cabe recalcar, por ejemplo, que si bien el mediador es esencialmente un tercero neutral, en materias de familia debe velar porque no se vulnere el principio tendiente a preservar el interés superior del niño. En estos casos es aconsejable que todo acuerdo sea posteriormente aprobado por alguna autoridad judicial.

Mediación penal

También en este caso suele haber un interés público comprometido. Tan es así, que en este ámbito la mediación no recibe gran aplicación. Sin embargo, la experiencia comparada nos muestra que la mediación puede ser una herramienta de gran utilidad en casos de delitos menores (tales como los de acción privada) y en el área de derecho penal juvenil. La mediación no resulta un método válido para casos de delitos de acción penal pública, pues el interés público comprometido en estas causas obligan al Estado a ejercer jurisdicción propiamente tal.

Mediación en materia de derechos del consumidor

En temas de derechos del consumidor la mediación puede ser una herramienta sumamente útil, por la cantidad de casos que pueden obtener una solución rápida. Tal vez el aspecto que más cabe destacar en este ámbito es que sería posible alterar la regla general en cuanto al financiamiento de la mediación, dado que en consideración al desequilibrio de poderes entre las partes, sería posible establecer como regla general que será la institución o empresa involucrada la que solvente en su totalidad los costos de la mediación. Otro posible alcance que cabría hacer en este ámbito, es que se abre la posibilidad a mediaciones colectivas que reúnan a un grupo de personas que estima vulnerados sus derechos del consumidor con la institución involucrada. Estas posibles mediaciones colectivas servirían tanto para un ahorro de costos, como para equilibrar los poderes entre las partes.

Mediación en materia de derecho administrativo

Por último, la mediación también ha recibido aplicación en el área del derecho administrativo. En estos casos, las reglas generales podrían verse afectadas en tanto una de las partes está dotada de autoridad pública. En general, estos casos suelen recibir un tipo especial de mediación, en que el mediador reviste algún tipo de autoridad, e incluso puede pertenecer al propio organismo público involucrado. En atención a esto último será necesario dar especial atención a aquellas normas que buscan asegurar la neutralidad e imparcialidad de la figura del mediador.

b) **Mediación civil intraprocesal***Disposición básica*

El juez que conoce de un litigio puede en todo estado de la causa proponer a las partes resolver en forma amistosa y confidencial su litigio mediante el concurso de un mediador civil, en adelante mediador, esto es, un tercero calificado, independiente, neutro e imparcial, al que pueden acudir siempre que exista acuerdo previo entre ellas de someter el asunto a mediación – también podría decir simplemente «voluntariamente».

La mediación se refiere a todo o parte del litigio.

En ningún caso se produce desasimilación del juez, que puede en todo momento tomar todas las otras medidas que le parezcan necesarias.

Duración

La duración inicial de la mediación no puede exceder tres meses. Esta misión puede ser renovada una vez, por el mismo tiempo, a petición del mediador.

Información

El juez entrega a las partes, en presencia de su eventual asesor, las informaciones necesarias sobre la mediación y su costo. Les entrega una tabla de mediadores y de instituciones de mediación.

Puede darles un tiempo de reflexión, que, por regla, no puede exceder de 30 días.

Cuando las partes lo requieran, a falta de entendimiento sobre la opción de la persona o institución, el juez les propone el nombre de una institución o de un mediador.

Costos de la mediación

El juez ordenará a las partes consignar previamente el monto que determine, a efectos de asegurar los costos de la mediación. Las partes determinan libremente la repartición entre ellas de la carga de los gastos de la mediación.

A falta de acuerdo, estos gastos serán repartidos en partes iguales, a menos que el juez estime que tal repartición no es equitativa a la luz de la situación económica de las partes.

Cuando una de las partes esté beneficiada de ayuda jurisdiccional, la repartición de los costos de la mediación será establecida según las reglas previstas en el inciso precedente. Los gastos que incumban a la parte beneficiaria de ayuda jurisdiccional son de cargo del Estado (...)

Mediación fuera del proceso

Cuando las partes han negociado una convención de mediación, fuera del procedimiento civil, ellas pueden depositar directamente ante el juez competente una solicitud de homologación. Esta solicitud contiene la identidad de las partes, una breve exposición de los hechos y la conclusión pidiendo la homologación de la convención. Ésta será anexada a la solicitud, lo mismo que, en su caso, las piezas útiles.

c) Conciliación en audiencia previa

Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia.

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del ...día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo dedías desde la convocatoria.

Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un *acuerdo* o *transacción* de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de Derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

2. Las partes habrán de comparecer personalmente en la audiencia asistidas de Abogado.

Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su Procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

3. Si no compareciere a la audiencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

También se sobreseerá el proceso si a la audiencia sólo concurriere el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si fuere el demandado quien no concurriere, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente.

4. Cuando faltare a la audiencia el Abogado del demandante, se sobreseerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si faltare el Abogado del demandado, la audiencia se seguirá con el demandante en lo que resultare procedente.

Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo.

1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.

Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.

En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la *transacción judicial* y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos ...

d) **Casos de mediación obligatoria**

En aquellas cuestiones civiles patrimoniales de cuantía inferior a \$ 500.000 pesos, para interponer demanda posterior ante tribunal competente, se deberá haber asistido a una audiencia de mediación obligatoria.

La citada audiencia se celebrará ante los mediadores con que cuente la municipalidad donde reside el demandado, y en aquellos lugares en que la municipalidad no pueda asumir los costos, le corresponderá al juez

de policía local hacer las veces de mediador. La designación la realizará la propia Municipalidad en que reside el demandante.

La audiencia de mediación se deberá realizar dentro de losdías siguientes a la designación del mediador. La audiencia de mediación no podrá durar más de 6 horas. Si trascurrido el plazo legal, no se alcanza el

ANEXOS

acuerdo, se procederá a certificar esa situación, quedando abierta la posibilidad de recurrir ante tribunal competente.

ANEXO I UNIFORM MEDIATION ACT

I.- Introducción.

En la nota preeliminar, los redactores destacan los siguientes puntos:

- En los últimos 30 años el uso de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos no sólo se ha intensificado sino también se ha expandido de múltiples conflictos de carácter privado e incluso comunitarios.

- El uso de la mediación –UMA- es favorable en los siguientes sentidos:

- La activa participación de las partes en el proceso de negociación y en el control del resultado contribuye a lograr una mayor satisfacción con el mismo.

- El incremento en el uso de la mediación favorece la eficiencia. Disminuyen costos de personal y de recursos institucionales.

- Por medio de ésta –UMA-, las partes logran mantener sus expectativas respecto a la confidencialidad del proceso de negociación gracias al privilegio de reserva.

Se destaca la confidencialidad como un punto central en la UMA, señalándola como el medio por el cual se facilita y promueve la franqueza, como importante elemento de la comunicación, entre las partes y entre éstas y el mediador. Así también, para promover la franqueza, el mediador debe fomentar que las partes modifiquen sus percepciones negativas sobre el pasado y piensen creativa y constructivamente sobre la manera en que sus diferencias pueden ser resueltas.

- Promueve la autonomía de las partes, al tratarse de un estatuto flexible.
- Para la credibilidad y rectitud del proceso de mediación es importante la neutralidad e imparcialidad del mediador, pero no se trata siempre de un requisito necesario, pues la UMA prevé excepciones.
- La mediación no es esencialmente un proceso de búsqueda de la verdad.
- La mediación es un proceso consensual por medio del cual las partes resuelven –ellos mismos- sus conflictos con la ayuda de un mediador, por lo que les reconoce mayor autonomía y control sobre el resultado, aspirando a una mínima intervención del Estado.
- Un buen resultado o temprano acuerdo en la mediación puede fomentar el bienestar social, pues evita la disrupción que la disputa puede causar en otros ámbitos, como niños en una pareja divorciándose o consumidores, clientes y empleados en una empresa en conflicto.
- Se destaca la importancia de la uniformidad de un estatuto de mediación y la madurez del mismo.
- La UMA se aplica tanto para conflictos de carácter nacional como internacional, facilitando así a los Estados la adopción de la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *modificación de 2003.

2.- Resumen y descripción por sección

S.1. Señala el nombre de la ley

Uniform Mediation Act.

S.2. Señala definiciones.

Entre ellas, las más llamativas son las referentes a la propia mediación y aquellas referentes a las partes, de la cual es posible levantar una clasificación. Mediación se define como «proceso en el cual un mediador facilita la comunicación y negociación entre las partes para lograr un acuerdo voluntario que ponga fin a su disputa». Se pone énfasis en esta definición para excluir claramente del ámbito de aplicación de la ley a los procesos judiciales y el arbitraje. Además, para describir la labor del mediador, se utilizan las palabras «facilita» y «asiste», y no la palabra «conducir» –como originalmente se pensó por los redactores- para poner énfasis en que el mediador, a diferencia del árbitro, no tiene poder en la decisión.

Respecto de las partes, la UMA distingue entre partícipes en la mediación o partes, mediador y no-parte partícipe o tercero interviniente. Por las primeras se entiende aquellas personas que participan en la mediación y

cuyo acuerdo es necesario para lograr resolver la disputa. Por mediador, el individuo que conduce –en sentido débil– la mediación. Por no-parte partícipe o lo que nosotros denominamos tercero interviniente, se desarrolla un concepto mucho más amplio que los anteriores, en que se puede abarcar desde los expertos que colaboran en el proceso, amigos o personas que pueden ser partes potenciales. Por último, respecto del concepto persona, se señala igual amplitud, ya que comprende tanto a las personas naturales como empresas o colectivos que no necesariamente se agrupan bajo el rótulo de persona jurídica.

S.3. *Ámbito de aplicación*

La UMA se aplica en los siguientes casos:

1. Las partes son requeridas de someterse a mediación por una ley, un tribunal, una agencia administrativa o un árbitro.
2. Las partes y el mediador acuerdan desarrollar la mediación, en un registro, dando prueba de su expectativa de obtener el privilegio de reserva respecto de las comunicaciones realizadas en el proceso de mediación que la UMA provee.
3. Las partes usan como mediador a un individuo que se tiene a sí mismo como mediador o la mediación es proveída por una persona que se tiene a sí mismo como proveyendo una mediación.

Estas tres condiciones son llamadas «condiciones gatillantes». Entre ellas podemos distinguir una forma de mediación forzosa y dos tipos de mediación voluntaria. La primera de estas condiciones gatillantes, es sujeto de excepciones descritas en la parte siguiente. La segunda, resalta la autonomía de las partes, pero debe señalarse que no se considera suficiente cualquier forma de acuerdo ya que es necesario que exista un registro. La tercera se centra en individuos y organizaciones que prestan servicios de mediación, tales como centros vecinales u organizaciones privadas. Sobre este último punto, los redactores discutieron la posibilidad de cubrir por la ley todas aquellas prácticas culturales y religiosas similares a la mediación, pero se determinó que la aplicación de la ley a estas prácticas podía ser disruptiva en tales culturas, por lo que finalmente se optó por dejar su aplicación a la libre voluntad de las partes.

No se aplica en los siguientes casos:

1. Conflictos relacionados con relaciones de negociación o acuerdos colectivos.
2. Cuando la disputa está pendiente en otro tribunal.

3. Cuando es conducida por un juez que puede crear reglas para el caso.

4. Cuando es conducida bajo el auspicio de:

Escuela primaria o secundaria, si todas las partes son estudiantes; Institución Correccional para jóvenes si todas las partes son residentes de la institución.

Respecto de la primera excepción, tiene por fundamento el hecho de que los conflictos de negociación colectiva ya tienen un proceso de mediación consolidado, específico. Sin embargo, esta exclusión no incluye los casos en que se produce la discriminación de un empleado no previstas en el contrato colectivo o bien disputas desarrolladas con posterioridad a la expiración del acuerdo colectivo. La segunda excepción dice relación con el respeto de los principios de determinación de la competencia. La tercera, dice relación con reconocimiento de las facultades jurisdiccionales y de regulación del juez que conoce del caso. La última dice relación con la imparcialidad y la confidencialidad, ya que pueden afectarse por tratarse de casos muy particulares de mediación entre pares. Esta excepción no incluye los casos en que está involucrado un profesor, un tercero o un no residente de la institución correccional.

Por último, se establece para las partes la posibilidad de optar por acogerse por el privilegio de reserva. Si así lo hacen, las partes deben informar de su acuerdo al mediador o a los terceros no participantes, pues si no se les informa el privilegio aún se les aplica a las personas que no han sido informadas de tal acuerdo.

S.4. Privilegio de reserva, admisibilidad, descubrimiento.

Se establece que salvo las excepciones previstas, las comunicaciones realizadas en la mediación poseen el privilegio de reserva y no pueden ser objeto de descubrimiento o admisible como prueba en un procedimiento, a menos que tal privilegio sea renunciado o excluido.

En un proceso, el privilegio se aplica de la siguiente forma:

1. Una parte puede oponerse a la revelación, y puede evitar que otra persona revele una comunicación realizada durante la mediación.

2. Un mediador puede...

3. Un no-parte partícipe puede...

Así, el privilegio puede ser hecho valer por cualquiera de estas personas en un proceso ocurrido durante o después de la mediación. Opera permitiendo

a la persona oponerse a la revelación o descubrimiento de la información comunicacional que le afecte.

El fundamento de este privilegio es mantener la confidencialidad para lograr una mayor franqueza en el proceso comunicativo desarrollado en la mediación, considerado por los redactores como un elemento de una ley moderna. El privilegio se estructura cuidadosamente, ponderando las necesidades de un sistema de justicia con la necesidad de las partes de mantener la confidencialidad del proceso comunicativo y respecto de las no-partes partícipes, tales como expertos que colaboran, se favorece la franqueza de la información que éstos aportarán para facilitar la resolución del caso. Asimismo, ha sido utilizado para proteger otros mecanismos de reserva tales como los derivados de relaciones profesionales como abogado-cliente, doctor-paciente, confesor-penitente, etc; pero en el caso de las partes de la mediación como titulares del privilegio, la complejidad es mayor, pues se trata de partes con intereses contrapuestos. Por otra parte, el privilegio al ser establecido como un derecho individual, puede ser hecho valer por las partes aun cuando ha sido renunciado por el mediador o por otro y viceversa.

El privilegio incluye no sólo aquellas comunicaciones desarrolladas durante el curso formal de la mediación, sino también algunas desarrolladas fuera de ella, por ejemplo aquellas hechas con el propósito de convenir o continuando una mediación.

Por último, la evidencia o información que es de otro modo admisible u objeto de descubrimiento, no puede llegar a ser inadmisibles sólo por la razón de su revelación o uso en la mediación. El caso más típico es aquel en que fracasa la mediación y las partes deben someterse a un litigio tradicional con posterioridad. A este respecto, los redactores han distinguido entre las comunicaciones mismas y la evidencia aportada por medio de la comunicación, señalando que el privilegio busca proteger las comunicaciones y no la evidencia obtenida por medio de ellas, por lo que no resulta aplicable la doctrina del «fruto del árbol envenenado» en materia de prueba ilícita.

S.5. Renuncia y exclusión del privilegio.

Se establece la posibilidad de renuncia del privilegio de reserva. La renuncia debe ser expresa, ya sea en un registro u oralmente durante un procedimiento por todas las partes de la mediación.

Bajo el concepto de renuncia, deben entenderse aquellos casos en que la información ha sido revelada antes de que el privilegio sea hecho valer. Para que la renuncia sea válida debe ser expresa y tener registro. La razón de esta exigencia es evitar la posibilidad de renunciadas inadvertidas o no intencionales y sus posteriores disputas, como suele ocurrir entre amigos o parientes.

La renuncia opera de distinto modo según se trate de:

-Para un testimonio hecho por una parte, todas las partes deben renunciar al privilegio antes que una parte o tercero pueda testificar o proveer evidencia; si el testimonio fue entregado por el mediador, también él debe renunciar al privilegio.

-Para un testimonio hecho por el mediador, las partes y el mediador son destinatarios del beneficio, por lo que ambas partes y el mediador deben renunciar ante la parte, mediador o tercero que pueda testificar o proporcionar evidencia de la declaración del mediador.

-Para un testimonio hecho por un tercero, ambas partes y el tercero son titulares del beneficio y por tanto deben renunciar ante la parte o tercero que pueda testificar o proporcionar tal testimonio; si el testimonio es hecho a través del mediador, también él debe renunciar.

Se establecen así también casos en que se excluye la aplicación del beneficio. Por una parte, se señala que la violación de tal privilegio por uno de los intervinientes, le inhabilita para hacer valer el privilegio en su beneficio, por otra parte, se excluye a las personas que actúan de mala fe, ya sea utilizando la mediación para planear, intentar o cometer un delito o para ocultar la comisión de un delito en curso. Sin embargo, esto debe relacionarse con la garantía constitucional del derecho a la no auto incriminación.

S.6. Excepciones al privilegio

Se establece que el privilegio no se aplica a aquellas comunicaciones que:

-Constan en un acuerdo con registro suscrito por todas las partes del acuerdo.

-Están disponibles para el público o hechas durante una sesión abierta.

-Consisten en una amenaza o declaración de infligir daño corporal o crimen de violencia.

-Son intencionalmente usadas para planear, intentar o cometer un delito u ocultar uno que se encuentra en desarrollo.

Al respecto, los redactores discutieron la posibilidad de incluir el «fraude» comúnmente alegado en casos civiles, pero fue rechazado. Por otra parte, esta excepción no incluye las referencias a crímenes o potenciales crímenes pasados.

-Buscar u ofrecer probar o desmentir una demanda o reclamo contra una mala práctica o inconducta del mediador.

Esta excepción permite al mediador defenderse de tales acusaciones y a la vez promover la responsabilidad de las acusaciones.

-Buscar u ofrecer probar o desmentir una demanda o reclamo contra una mala práctica o conducta de un tercero partícipe o de una parte, basada en una conducta ocurrida durante la mediación.

-Buscar u ofrecer probar o desmentir abuso, negligencia, abandono o explotación en un procedimiento en que un niño o una agencia de servicios protectora de adultos es parte.

Esta excepción es común en los procesos de mediación doméstica. Pero no se aplica a los casos de acciones privadas tales como divorcio u otros procedimientos, por ejemplo, si el marido demandado de divorcio admite haber abusado sexualmente de un menor, gozará del privilegio de reserva respecto de tal declaración, no así si se trata de un procedimiento por abuso o negligencia.

Además se señala que no hay privilegio si una corte, agencia administrativa o árbitro después de una audiencia en sala, la parte propone o pide mostrar evidencia que de otro modo no es disponible y cuya necesidad supera en peso específico a la necesidad de confidencialidad.

Por otra parte se señala que un mediador no puede ser compelido a proporcionar evidencia. Además, si una comunicación realizada bajo mediación no goza del privilegio bajo los dos primeros supuestos, sólo la parte de la comunicación necesaria se encontrará exceptuada.

Como vemos, las excepciones de esta sección lo que hacen es ponderar los intereses de la sociedad y del sistema de justicia por sobre el interés de las partes en la confidencialidad, dadas las particulares circunstancias de un caso.

S.7. Reportes prohibidos.

Se establece que por regla general, un mediador no puede hacer un reporte, evaluación, recomendación, fallo u otra comunicación respecto de una mediación a una corte, agencia administrativa u otra autoridad.

Sin embargo, se establecen casos en que el mediador puede revelar ciertos reportes como:

-Casos en que la mediación ya ha terminado.

-Casos en que se le encuentra permitido bajo la S.6. (excepciones al privilegio.)

-Comunicar evidencia de abuso, negligencia, abandono o explotación de un individuo a una agencia pública responsable de la protección de tal sujeto.

Por último, se establece que una mediación realizada en violación de la prohibición de hacer reportes enunciada como regla general, no puede ser considerada por la corte, agencia o árbitro.

Como vemos, en contraste con el modo de operar del privilegio de reserva que otorga un derecho para oponerse, en este caso la UMA establece una prohibición directa contra la desclausura. De modo importante esta limitación busca impedir que el mediador termine regulando la disputa entre las partes y sobreponiéndose a las partes en disputa.

S.8. Confidencialidad

Se establece que las comunicaciones desarrolladas en la mediación son confidenciales en la medida en que las partes lo acuerdan o lo exigen las leyes.

Las secciones 4 a 6 aseguran a las partes la confidencialidad de las comunicaciones desarrolladas en la mediación contra el descubrimiento de éstas en un juicio posterior. Sin embargo, esto es posible para las comunicaciones que son reveladas fuera de un procedimiento, al público en general. Es por ello que se establece esta sección, que amplía el ámbito de confidencialidad de las comunicaciones.

S.9. Revelación de conflictos de interés del mediador; preparación.

En esta sección se establece que antes de aceptar una mediación, el individuo que es requerido para servir como mediador debe:

1. Hacer una investigación que es razonable bajo las circunstancias que determinen si hay cualquier hecho conocido «que una persona razonable consideraría» como afectación de su imparcialidad, incluyendo intereses financieros o personales.

2. Revelar cualquier hecho conocido a las partes de la mediación, tan pronto como sea posible antes de aceptar mediar.

En el caso en que el mediador toma conocimiento del hecho que lo envuelve en un conflicto de interés con posterioridad a haber aceptado servir como mediador, debe revelar aquella información tan pronto como sea posible.

Ante el requerimiento de mediación de una parte, el individuo requerido de servir como mediador debe revelar sus cualidades para mediar.

Si el mediador no cumple con estas obligaciones, será castigado por medio de su exclusión para hacer valer el privilegio de reserva.

Lo que quizás llama más la atención de la regulación sobre este punto es lo relativo a las capacidades especiales del mediador. Los redactores de la UMA, como se señala en esta sección, optaron por un sistema abierto en cuanto a la especial calidad del mediador, sin requerir que éste tenga ninguna preparación especial o profesión. El fundamento de esto radica en el reconocimiento de la autonomía de las partes para escoger al mediador, por lo que sólo se le exige exhibir especiales cualidades en el caso de que sea requerido por una parte. Por otro lado, también se pensó en no limitar la calidad de mediador a ciertos tipos de profesiones para dar mayor flexibilidad ante casos de mediación de gran complejidad y variados contextos.

Por último, se establece que el mediador debe ser imparcial, pero - también en consonancia con el principio de autonomía de las partes- se estableció como excepción el caso en que las partes, a pesar de la revelación del conflicto, de interés acuerdan continuar la mediación con aquel mediador.

S.10. Participación en la Mediación.

Se establece que un abogado u otra persona designada por una parte, puede acompañar a la parte y participar en la mediación. Una renuncia de participación dada antes de la mediación puede ser anulada.

Este derecho se establece en armonía con el derecho al debido proceso. En todo caso, la decisión de participación de un abogado, consejero u asesor recae sobre las partes y no sobre el mediador.

S.11. Mediación Comercial Internacional....

ANEXO II
CONCILIATION US CODE

<http://straylight.law.cornell.edu/uscode/search/index.html>

TITLE 28 JUDICIARY AND JUDICIAL PROCEDURE PART II CHAPTER 31 § 519
--

NOTES:

Source

(Added Pub. L. 89-554, § 4(c), Sept. 6, 1966, 80 Stat. 614.)

Historical and Revision Notes

Derivation U.S. Code Revised Statutes and Statutes at Large

28 U.S.C. 507(b). [None].

The words «Except as otherwise authorized by law,» are added to provide for existing and future exceptions (e.g., section 1037 of title 10).

The words «or officer» are added for clarity and to align this section with section 516 which is of similar import.

The words «special attorneys appointed under section 543» are substituted for «attorneys appointed under section 543» to reflect the revision of this title.

Intelligence and National Security Aspects of Espionage Prosecutions

Pub. L. 108–177, title III, § 341 (b), Dec. 13, 2003, 117 Stat. 2616, provided that: «The Attorney General, acting through the Office of Intelligence Policy and Review of the Department of Justice, and in consultation with the Director of Central Intelligence, acting through the Office of the National Counterintelligence Executive, shall establish policies and procedures to assist the Attorney General in the consideration of intelligence and national security-related equities in the development of charging documents and related pleadings in espionage prosecutions.»

Use of Annuity Brokers in Structured Settlements

Pub. L. 107–273, div. C, title I, § 11015, Nov. 2, 2002, 116 Stat. 1824, provided that:

«(a) Establishment and Transmission of List of Approved Annuity Brokers.—Not later than 6 months after the date of enactment of this Act [Nov. 2, 2002], the Attorney General shall establish a list of annuity brokers who meet minimum qualifications for providing annuity brokerage services in connection with structured settlements entered by the United States. This list shall be updated upon request by any annuity broker that meets the minimum qualifications for inclusion on the list. The Attorney General shall transmit such list, and any updates to such list, to all United States Attorneys.

«(b) Authority To Select Annuity Broker for Structured Settlements.—In any structured settlement that is not negotiated exclusively through the Civil Division of the Department of Justice, the United States Attorney (or his designee) involved in any settlement negotiations shall have the exclusive authority to select an annuity broker from the list of such brokers established by the Attorney General, provided that all documents related to any settlement comply with Department of Justice requirements.»

Case Management Information and Tracking Systems for Federal Judicial Districts and Divisions of Department; Preparation, Submission, Etc., of Plan

Pub. L. 96–132, § 11, Nov. 30, 1979, 93 Stat. 1047, required the Attorney General, not later than Apr. 15, 1980, after consultation with the Director of the Executive

Office of United States Attorneys and such Assistant Attorneys as appropriate, to prepare and submit to the Committees on the Judiciary of the Senate and the House of Representatives a plan for the activation and coordination, within the Department of Justice, of compatible, comprehensive case management information and tracking systems for each of the judicial districts of the United States and for each of the divisions of the Department.

Report to Congress Regarding Provisions of Law Considered Unconstitutional by the Department of Justice; Declaration of Such Position

Pub. L. 96–132, § 21, Nov. 30, 1979, 93 Stat. 1049, required the Attorney General, during the fiscal year ending Sept. 30, 1980, to transmit a report to each House of Congress in any case in which the Attorney General considered the provisions of law enacted by the Congress and at issue to be unconstitutional and in such cases required a representative of the Department of Justice participating in such case to make a declaration that such opinion of the Attorney General regarding the constitutionality of those provisions of law involved constitutes the opinion of the executive branch of the government with respect to such matter.

Similar provisions were contained in Pub. L. 95–624, § 13, Nov. 9, 1978, 92 Stat. 3464.

Study and Report to Congress on Extent to Which Violations of Federal Criminal Laws Are Not Prosecuted

Pub. L. 95–624, § 17, Nov. 9, 1978, 92 Stat. 3465, provided that the Attorney General undertake a study and make recommendations concerning violations of Federal criminal laws which have not been prosecuted and present such study and recommendations to the Committee on the Judiciary of the Senate and the House of Representatives not later than Oct. 1, 1979.

Executive Order No. 12778

Ex. Ord. No. 12778, Oct. 23, 1991, 56 F.R. 55195, which prescribed guidelines for promotion of just and efficient Government civil litigation and set forth principles for enactment of legislation and promulgation of regulations which did not unduly burden the Federal court system and for promotion of just and efficient administrative adjudications, was revoked by Ex. Ord. No. 12988, § 12, Feb. 5, 1996, 61 F.R. 4734, set out below.

Ex. Ord. No. 12988. Civil Justice Reform

Ex. Ord. No. 12988, Feb. 5, 1996, 61 F.R. 4729, provided:

By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, including section 301 of title 3, United States Code, and in order to improve access to justice for all persons who wish to avail

themselves of court and administrative adjudicatory tribunals to resolve disputes, to facilitate the just and efficient resolution of civil claims involving the United States Government, to encourage the filing of only meritorious civil claims, to improve legislative and regulatory drafting to reduce needless litigation, to promote fair and prompt adjudication before administrative tribunals, and to provide a model for similar reforms of litigation practices in the private sector and in various states, it is hereby ordered as follows:

Section 1. Guidelines to Promote Just and Efficient Government Civil Litigation. To promote the just and efficient resolution of civil claims, those Federal agencies and litigation counsel that conduct or otherwise participate in civil litigation on behalf of the United States Government in Federal court shall respect and adhere to the following guidelines during the conduct of such litigation:

(a) Pre-filing Notice of a Complaint. No litigation counsel shall file a complaint initiating civil litigation without first making a reasonable effort to notify all disputants about the nature of the dispute and to attempt to achieve a settlement, or confirming that the referring agency that previously handled the dispute has made a reasonable effort to notify the disputants and to achieve a settlement or has used its conciliation processes.

(b) Settlement Conferences. As soon as practicable after ascertaining the nature of a dispute in litigation, and throughout the litigation, litigation counsel shall evaluate settlement possibilities and make reasonable efforts to settle the litigation. Such efforts shall include offering to participate in a settlement conference or moving the court for a conference pursuant to Rule 16 of the Federal Rules of Civil Procedure [28 App. U.S.C.] in an attempt to resolve the dispute without additional civil litigation.

(c) Alternative Methods of Resolving the Dispute in Litigation. Litigation counsel shall make reasonable attempts to resolve a dispute expeditiously and properly before proceeding to trial.

(1) Whenever feasible, claims should be resolved through informal discussions, negotiations, and settlements rather than through utilization of any formal court proceeding. Where the benefits of Alternative Dispute Resolution («ADR») may be derived, and after consultation with the agency referring the matter, litigation counsel should suggest the use of an appropriate ADR technique to the parties.

(2) It is appropriate to use ADR techniques or processes to resolve claims of or against the United States or its agencies, after litigation counsel determines that the use of a particular technique is warranted in the context of a particular claim or claims, and that such use will materially contribute to the prompt, fair, and efficient resolution of the claims.

(3) To facilitate broader and effective use of informal and formal ADR methods, litigation counsel should be trained in ADR techniques.

(d) Discovery. To the extent practical, litigation counsel shall make every reasonable effort to streamline and expedite discovery in cases under counsel's supervision and control.

(1) Review of Proposed Document Requests. Each agency within the executive branch shall establish a coordinated procedure for the conduct and review of document discovery undertaken in litigation directly by that agency when that agency is litigation counsel. The procedure shall include, but is not necessarily limited to, review by a senior lawyer prior to service or filing of the request in litigation to determine that the request is not cumulative or duplicative, unreasonable, oppressive, unduly burdensome or expensive, taking into account the requirements of the litigation, the amount in controversy, the importance of the issues at stake in the litigation, and whether the documents can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive.

(2) Discovery Motions. Before petitioning a court to resolve a discovery motion or petitioning a court to impose sanctions for discovery abuses, litigation counsel shall attempt to resolve the dispute with opposing counsel. If litigation counsel makes a discovery motion concerning the dispute, he or she shall represent in that motion that any attempt at resolution was unsuccessful or impracticable under the circumstances.

(e) Sanctions. Litigation counsel shall take steps to seek sanctions against opposing counsel and opposing parties where appropriate.

(1) Litigation counsel shall evaluate filings made by opposing parties and, where appropriate, shall petition the court to impose sanctions against those responsible for abusive practices.

(2) Prior to filing a motion for sanctions, litigation counsel shall submit the motion for review to the sanctions officer, or his or her designee, within the litigation counsel's agency. Such officer or designee shall be a senior supervising attorney within the agency, and shall be licensed to practice law before a State court, courts of the District of Columbia, or courts of any territory or Commonwealth of the United States. The sanctions officer or designee shall also review motions for sanctions that are filed against litigation counsel, the United States, its agencies, or its officers.

(f) Improved Use of Litigation Resources. Litigation counsel shall employ efficient case management techniques and shall make reasonable efforts to expedite civil litigation in cases under that counsel's supervision and control. This includes but is not limited to:

(1) making reasonable efforts to negotiate with other parties about, and stipulate to, facts that are not in dispute;

(2) reviewing and revising pleadings and other filings to ensure that they are accurate and that they reflect a narrowing of issues, if any, that has resulted from discovery;

(3) requesting early trial dates where practicable;

(4) moving for summary judgment in every case where the movant would be likely to prevail, or where the motion is likely to narrow the issues to be tried; and (5) reviewing and revising pleadings and other filings to ensure that unmeritorious threshold defenses and jurisdictional arguments, resulting in unnecessary delay, are not raised.

Sec. 2. Government Pro Bono and Volunteer Service. All Federal agencies should develop appropriate programs to encourage and facilitate pro bono legal and other volunteer service by government employees to be performed on their own time, including attorneys, as permitted by statute, regulation, or other rule or guideline.

Sec. 3. Principles to Enact Legislation and Promulgate Regulations Which Do Not Unduly Burden the Federal Court System.

(a) General Duty to Review Legislation and Regulations. Within current budgetary constraints and existing executive branch coordination mechanisms and procedures established in OMB Circular A-19 and Executive Order No. 12866 [5 U.S.C. 601 note], each agency promulgating new regulations, reviewing existing regulations, developing legislative proposals concerning regulations, and developing new legislation shall adhere to the following requirements:

(1) The agency's proposed legislation and regulations shall be reviewed by the agency to eliminate drafting errors and ambiguity;

(2) The agency's proposed legislation and regulations shall be written to minimize litigation; and

(3) The agency's proposed legislation and regulations shall provide a clear legal standard for affected conduct rather than a general standard, and shall promote simplification and burden reduction.

(b) Specific Issues for Review. In conducting the reviews required by subsection (a), each agency formulating proposed legislation and regulations shall make every reasonable effort to ensure:

(1) that the legislation, as appropriate—

(A) specifies whether all causes of action arising under the law are subject to statutes of limitations;

(B) specifies in clear language the preemptive effect, if any, to be given to the law;

(C) specifies in clear language the effect on existing Federal law, if any, including all provisions repealed, circumscribed, displaced, impaired, or modified;

(D) provides a clear legal standard for affected conduct;

(E) specifies whether private arbitration and other forms of private dispute resolution are appropriate under enforcement and relief provisions; subject to constitutional requirements;

(F) specifies whether the provisions of the law are severable if one or more of them is found to be unconstitutional;

(G) specifies in clear language the retroactive effect, if any, to be given to the law;

(H) specifies in clear language the applicable burdens of proof;

- (I) specifies in clear language whether it grants private parties a right to sue and, if so, the relief available and the conditions and terms for authorized awards of attorney's fees, if any;
- (J) specifies whether State courts have jurisdiction under the law and, if so, whether and under what conditions an action would be removable to Federal court;
- (K) specifies whether administrative proceedings are to be required before parties may file suit in court and, if so, describes those proceedings and requires the exhaustion of administrative remedies;
- (L) sets forth the standards governing the assertion of personal jurisdiction, if any;
- (M) defines key statutory terms, either explicitly or by reference to other statutes that explicitly define those terms;
- (N) specifies whether the legislation applies to the Federal Government or its agencies;
- (O) specifies whether the legislation applies to States, territories, the District of Columbia, and the Commonwealths of Puerto Rico and of the Northern Mariana Islands;
- (P) specifies what remedies are available such as money damages, civil penalties, injunctive relief, and attorney's fees; and
- (Q) addresses other important issues affecting clarity and general draftsmanship of legislation set forth by the Attorney General, with the concurrence of the Director of the Office of Management and Budget («OMB») and after consultation with affected agencies, that are determined to be in accordance with the purposes of this order.
- (2) that the regulation, as appropriate—
- (A) specifies in clear language the preemptive effect, if any, to be given to the regulation;
- (B) specifies in clear language the effect on existing Federal law or regulation, if any, including all provisions repealed, circumscribed, displaced, impaired, or modified;
- (C) provides a clear legal standard for affected conduct rather than a general standard, while promoting simplification and burden reduction;
- (D) specifies in clear language the retroactive effect, if any, to be given to the regulation;
- (E) specifies whether administrative proceedings are to be required before parties may file suit in court and, if so, describes those proceedings and requires the exhaustion of administrative remedies;
- (F) defines key terms, either explicitly or by reference to other regulations or statutes that explicitly define those items; and
- (G) addresses other important issues affecting clarity and general draftsmanship of regulations set forth by the Attorney General, with the concurrence of the Director of OMB and after consultation with affected agencies, that are determined to be in accordance with the purposes of this order.
- (c) Agency Review. The agencies shall review such draft legislation or regulation to determine that either the draft legislation or regulation meets the applicable

standards provided in subsections (a) and (b) of this section, or it is unreasonable to require the particular piece of draft legislation or regulation to meet one or more of those standards.

Sec. 4. Principles to Promote Just and Efficient Administrative Adjudications.

(a) Implementation of Administrative Conference Recommendations. In order to promote just and efficient resolution of disputes, an agency that adjudicates administrative claims shall, to the extent reasonable and practicable, and when not in conflict with other sections of this order, implement the recommendations of the Administrative Conference of the United States, entitled «Case Management as a Tool for Improving Agency Adjudication,» as contained in 1 C.F.R. 305.86-7 (1991).

(b) Improvements in Administrative Adjudication. All Federal agencies should review their administrative adjudicatory processes and develop specific procedures to reduce delay in decision-making, to facilitate self-representation where appropriate, to expand non-lawyer counseling and representation where appropriate, and to invest maximum discretion in fact-finding officers to encourage appropriate settlement of claims as early as possible.

(c) Bias. All Federal agencies should review their administrative adjudicatory processes to identify any type of bias on the part of the decision-makers that results in an injustice to persons who appear before administrative adjudicatory tribunals; regularly train all fact-finders, administrative law judges, and other decision-makers to eliminate such bias; and establish appropriate mechanisms to receive and resolve complaints of such bias from persons who appear before administrative adjudicatory tribunals.

(d) Public Education. All Federal agencies should develop effective and simple methods, including the use of electronic technology, to educate the public about its claims/benefits policies and procedures.

Sec. 5. Coordination by the Department of Justice.

(a) The Attorney General shall coordinate efforts by Federal agencies to implement sections 1, 2 and 4 of this order.

(b) To implement the principles and purposes announced by this order, the Attorney General is authorized to issue guidelines implementing sections 1 and 4 of this order for the Department of Justice. Such guidelines shall serve as models for internal guidelines that may be issued by other agencies pursuant to this order.

Sec. 6. Definitions. For purposes of this order:

(a) The term «agency» shall be defined as that term is defined in section 105 of title 5, United States Code.

(b) The term «litigation counsel» shall be defined as the trial counsel or the office in which such trial counsel is employed, such as the United States Attorney's Office for the district in which the litigation is pending or a litigating division of the Department of Justice. Special Assistant United States Attorneys are included within this definition. Those agencies authorized by law to represent themselves in court without assistance from the Department of Justice are also included in this definition, as are private counsel hired by any Federal agency to conduct litigation on behalf of the agency or the United States.

Sec. 7. No Private Rights Created. This order is intended only to improve the internal management of the executive branch in resolving disputes, conducting litigation in a reasonable and just manner, and reviewing legislation and regulations. This order shall not be construed as creating any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by a party against the United States, its agencies, its officers, or any other person. This order shall not be construed to create any right to judicial review involving the compliance or noncompliance of the United States, its agencies, its officers, or any other person with this order. Nothing in this order shall be construed to obligate the United States to accept a particular settlement or resolution of a dispute, to alter its standards for accepting settlements, to forego seeking a consent decree or other relief, or to alter any existing delegation of settlement or litigating authority.

Sec. 8. Scope.

(a) No Applicability to Criminal Matters or Proceedings in Foreign Courts. This order is applicable to civil matters only. It is not intended to affect criminal matters, including enforcement of criminal fines or judgments of criminal forfeiture. This order does not apply to litigation brought by or against the United States in foreign courts or tribunals.

(b) Application of Notice Provision. Notice pursuant to subsection (a) of section 1 is not required (1) in any action to seize or forfeit assets subject to forfeiture or in any action to seize property; (2) in any bankruptcy, insolvency, conservatorship, receivership, or liquidation proceeding; (3) when the assets that are the subject of the action or that would satisfy the judgment are subject to flight, dissipation, or destruction; (4) when the defendant is subject to flight; (5) when, as determined by litigation counsel, exigent circumstances make providing such notice impracticable or such notice would otherwise defeat the purpose of the litigation, such as in actions seeking temporary restraining orders or preliminary injunctive relief; or (6) in those limited classes of cases where the Attorney General determines that providing such notice would defeat the purpose of the litigation.

(c) Additional Guidance as to Scope. The Attorney General shall have the authority to issue further guidance as to the scope of this order, except section 3, consistent with the purposes of this order.

Sec. 9. Conflicts with Other Rules. Nothing in this order shall be construed to require litigation counsel or any agency to act in a manner contrary to the Federal Rules of Civil Procedure [28 App. U.S.C.], Tax Court Rules of Practice and Procedure [26 App. U.S.C.], State or Federal law, other applicable rules of practice or procedure, or court order.

Sec. 10. Privileged Information. Nothing in this order shall compel or authorize the disclosure of privileged information, sensitive law enforcement information, information affecting national security, or information the disclosure of which is prohibited by law.

Sec. 11. Effective Date. This order shall become effective 90 days after the date of signature. This order shall not apply to litigation commenced prior to the effective date.

Sec. 12. Revocation. Executive Order No. 12778 is hereby revoked.
William J. Clinton.
Section Referred to in Other Sections

This section is referred to in title 7 section 943; title 12 section 4243; title 19 section 1920; title 31 section 3718; title 38 sections 3730, 5316; title 42 section 8412

TITLE 42 The Public Health and Welfare CHAPTER 45 SUBCHAPTER I § 3610

§ 3610. Administrative enforcement; preliminary matters

Release date: 2005-02-25

(a) Complaints and answers

(1)

(A)

(i) An aggrieved person may, not later than one year after an alleged discriminatory housing practice has occurred or terminated, file a complaint with the Secretary alleging such discriminatory housing practice. The Secretary, on the Secretary's own initiative, may also file such a complaint.

(ii) Such complaints shall be in writing and shall contain such information and be in such form as the Secretary requires.

(iii) The Secretary may also investigate housing practices to determine whether a complaint should be brought under this section.

(B) Upon the filing of such a complaint—

(i) the Secretary shall serve notice upon the aggrieved person acknowledging such filing and advising the aggrieved person of the time limits and choice of forums provided under this subchapter;

(ii) the Secretary shall, not later than 10 days after such filing or the identification of an additional respondent under paragraph (2), serve on the respondent a notice identifying the alleged discriminatory housing practice and advising such respondent of the procedural rights and obligations of respondents under this subchapter, together with a copy of the original complaint;

(iii) each respondent may file, not later than 10 days after receipt of notice from the Secretary, an answer to such complaint; and

(iv) the Secretary shall make an investigation of the alleged discriminatory housing practice and complete such investigation within 100 days after the filing of the complaint (or, when the Secretary takes further action under subsection (f)(2) of this section with respect to a complaint, within 100 days after the commencement of such further action), unless it is impracticable to do so.

(C) If the Secretary is unable to complete the investigation within 100 days after the filing of the complaint (or, when the Secretary takes further action under subsection (f)(2) of this section with respect to a complaint, within 100 days after the commencement of such further action), the Secretary shall notify the complainant and respondent in writing of the reasons for not doing so.

(D) Complaints and answers shall be under oath or affirmation, and may be reasonably and fairly amended at any time.

(2)

(A) A person who is not named as a respondent in a complaint, but who is identified as a respondent in the course of investigation, may be joined as an additional or substitute respondent upon written notice, under paragraph (1), to such person, from the Secretary.

(B) Such notice, in addition to meeting the requirements of paragraph (1), shall explain the basis for the Secretary's belief that the person to whom the notice is addressed is properly joined as a respondent.

(b) Investigative report and conciliation

(1) During the period beginning with the filing of such complaint and ending with the filing of a charge or a dismissal by the Secretary, the Secretary shall, to the extent feasible, engage in conciliation with respect to such complaint.

(2) A conciliation agreement arising out of such conciliation shall be an agreement between the respondent and the complainant, and shall be subject to approval by the Secretary.

(3) A conciliation agreement may provide for binding arbitration of the dispute arising from the complaint. Any such arbitration that results from a conciliation agreement may award appropriate relief, including monetary relief.

(4) Each conciliation agreement shall be made public unless the complainant and respondent otherwise agree and the Secretary determines that disclosure is not required to further the purposes of this subchapter.

(5)

(A) At the end of each investigation under this section, the Secretary shall prepare a final investigative report containing—

(i) the names and dates of contacts with witnesses;

(ii) a summary and the dates of correspondence and other contacts with the aggrieved person and the respondent;

(iii) a summary description of other pertinent records;

(iv) a summary of witness statements; and

(v) answers to interrogatories.

(B) A final report under this paragraph may be amended if additional evidence is later discovered.

(c) Failure to comply with conciliation agreement

Whenever the Secretary has reasonable cause to believe that a respondent has breached a conciliation agreement, the Secretary shall refer the matter to the Attorney General with a recommendation that a civil action be filed under section 3614 of this title for the enforcement of such agreement.

(d) Prohibitions and requirements with respect to disclosure of information

(1) Nothing said or done in the course of conciliation under this subchapter may be made public or used as evidence in a subsequent proceeding under this subchapter without the written consent of the persons concerned.

(2) Notwithstanding paragraph (1), the Secretary shall make available to the aggrieved person and the respondent, at any time, upon request following completion of the Secretary's investigation, information derived from an investigation and any final investigative report relating to that investigation.

(e) Prompt judicial action

(1) If the Secretary concludes at any time following the filing of a complaint that prompt judicial action is necessary to carry out the purposes of this subchapter, the Secretary may authorize a civil action for appropriate temporary or preliminary relief pending final disposition of the complaint under this section. Upon receipt of such an authorization, the Attorney General shall promptly commence and maintain such an action. Any temporary restraining order or other order granting preliminary or temporary relief shall be issued in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure. The commencement of a civil action under this subsection does not affect the initiation or continuation of administrative proceedings under this section and section 3612 of this title.

(2) Whenever the Secretary has reason to believe that a basis may exist for the commencement of proceedings against any respondent under sections 3614 (a) and 3614 (c) of this title or for proceedings by any governmental licensing or supervisory authorities, the Secretary shall transmit the information upon which such belief is based to the Attorney General, or to such authorities, as the case may be.

(f) Referral for State or local proceedings

(1) Whenever a complaint alleges a discriminatory housing practice—

(A) within the jurisdiction of a State or local public agency; and

(B) as to which such agency has been certified by the Secretary under this subsection;

the Secretary shall refer such complaint to that certified agency before taking any action with respect to such complaint.

(2) Except with the consent of such certified agency, the Secretary, after that referral is made, shall take no further action with respect to such complaint unless—

(A) the certified agency has failed to commence proceedings with respect to the complaint before the end of the 30th day after the date of such referral;

(B) the certified agency, having so commenced such proceedings, fails to carry forward such proceedings with reasonable promptness; or

(C) the Secretary determines that the certified agency no longer qualifies for certification under this subsection with respect to the relevant jurisdiction.

(3)

(A) The Secretary may certify an agency under this subsection only if the Secretary determines that—

(i) the substantive rights protected by such agency in the jurisdiction with respect to which certification is to be made;

(ii) the procedures followed by such agency;

(iii) the remedies available to such agency; and

(iv) the availability of judicial review of such agency's action;

are substantially equivalent to those created by and under this subchapter.

(B) Before making such certification, the Secretary shall take into account the current practices and past performance, if any, of such agency.

(4) During the period which begins on September 13, 1988, and ends 40 months after September 13, 1988, each agency certified (including an agency certified for interim referrals pursuant to 24 CFR 115.11, unless such agency is subsequently

denied recognition under 24 CFR 115.7) for the purposes of this subchapter on the day before September 13, 1988, shall for the purposes of this subsection be considered certified under this subsection with respect to those matters for which such agency was certified on September 13, 1988. If the Secretary determines in an individual case that an agency has not been able to meet the certification requirements within this 40-month period due to exceptional circumstances, such as the infrequency of legislative sessions in that jurisdiction, the Secretary may extend such period by not more than 8 months.

(5) Not less frequently than every 5 years, the Secretary shall determine whether each agency certified under this subsection continues to qualify for certification. The Secretary shall take appropriate action with respect to any agency not so qualifying.

(g) Reasonable cause determination and effect

(1) The Secretary shall, within 100 days after the filing of the complaint (or, when the Secretary takes further action under subsection (f)(2) of this section with respect to a complaint, within 100 days after the commencement of such further action), determine based on the facts whether reasonable cause exists to believe that a discriminatory housing practice has occurred or is about to occur, unless it is impracticable to do so, or unless the Secretary has approved a conciliation agreement with respect to the complaint. If the Secretary is unable to make the determination within 100 days after the filing of the complaint (or, when the Secretary takes further action under subsection (f)(2) of this section with respect to a complaint, within 100 days after the commencement of such further action), the Secretary shall notify the complainant and respondent in writing of the reasons for not doing so.

(2)

(A) If the Secretary determines that reasonable cause exists to believe that a discriminatory housing practice has occurred or is about to occur, the Secretary shall, except as provided in subparagraph (C), immediately issue a charge on behalf of the aggrieved person, for further proceedings under section 3612 of this title.

(B) Such charge—

(i) shall consist of a short and plain statement of the facts upon which the Secretary has found reasonable cause to believe that a discriminatory housing practice has occurred or is about to occur;

(ii) shall be based on the final investigative report; and

(iii) need not be limited to the facts or grounds alleged in the complaint filed under subsection (a) of this section.

(C) If the Secretary determines that the matter involves the legality of any State or local zoning or other land use law or ordinance, the Secretary shall immediately refer the matter to the Attorney General for appropriate action under section 3614 of this title, instead of issuing such charge.

(3) If the Secretary determines that no reasonable cause exists to believe that a discriminatory housing practice has occurred or is about to occur, the Secretary shall promptly dismiss the complaint. The Secretary shall make public disclosure of each such dismissal.

(4) The Secretary may not issue a charge under this section regarding an alleged discriminatory housing practice after the beginning of the trial of a civil action commenced by the aggrieved party under an Act of Congress or a State law, seeking relief with respect to that discriminatory housing practice.

(h) Service of copies of charge

After the Secretary issues a charge under this section, the Secretary shall cause a copy thereof, together with information as to how to make an election under section 3612 (a) of this title and the effect of such an election, to be served—

(1) on each respondent named in such charge, together with a notice of opportunity for a hearing at a time and place specified in the notice, unless that election is made; and

(2) on each aggrieved person on whose behalf the complaint was filed

TITLE 42 CHAPTER 21 SUBCHAPTER VIII § 2000g-2

§ 2000g-2. Cooperation with other agencies; conciliation assistance in confidence and without publicity; information as confidential; restriction on performance of investigative or prosecuting functions; violations and penalties

Release date: 2005-02-25

(a) The Service shall, whenever possible, in performing its functions, seek and utilize the cooperation of appropriate State or local, public, or private agencies.

(b) The activities of all officers and employees of the Service in providing conciliation assistance shall be conducted in confidence and without publicity, and the Service shall hold confidential any information acquired in the regular performance of its duties upon the understanding that it would be so held. No officer or employee of the Service shall engage in the performance of investigative or prosecuting functions of any department or agency in any litigation arising out of a dispute in which he acted on behalf of the Service. Any officer or other employee of the Service, who shall make public in any manner whatever any information in violation of this subsection, shall be deemed guilty of a misdemeanor and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$1,000 or imprisoned not more than one year

TITLE 42 CHAPTER 45 SUBCHAPTER I § 3602

§ 3602. Definitions

Release date: 2005-02-25

As used in this subchapter—

(a) «Secretary» means the Secretary of Housing and Urban Development.

(b) «Dwelling» means any building, structure, or portion thereof which is occupied as, or designed or intended for occupancy as, a residence by one or more

families, and any vacant land which is offered for sale or lease for the construction or location thereon of any such building, structure, or portion thereof.

(c) «Family» includes a single individual.

(d) «Person» includes one or more individuals, corporations, partnerships, associations, labor organizations, legal representatives, mutual companies, joint-stock companies, trusts, unincorporated organizations, trustees, trustees in cases under title 11, receivers, and fiduciaries.

(e) «To rent» includes to lease, to sublease, to let and otherwise to grant for a consideration the right to occupy premises not owned by the occupant.

(f) «Discriminatory housing practice» means an act that is unlawful under section 3604, 3605, 3606, or 3617 of this title.

(g) «State» means any of the several States, the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, or any of the territories and possessions of the United States.

(h) «Handicap» means, with respect to a person—

(1) a physical or mental impairment which substantially limits one or more of such person's major life activities,

(2) a record of having such an impairment, or

(3) being regarded as having such an impairment,

but such term does not include current, illegal use of or addiction to a controlled substance (as defined in section 802 of title 21).

(i) «Aggrieved person» includes any person who—

(1) claims to have been injured by a discriminatory housing practice; or

(2) believes that such person will be injured by a discriminatory housing practice that is about to occur.

(j) «Complainant» means the person (including the Secretary) who files a complaint under section 3610 of this title.

(k) «Familial status» means one or more individuals (who have not attained the age of 18 years) being domiciled with—

(1) a parent or another person having legal custody of such individual or individuals; or

(2) the designee of such parent or other person having such custody, with the written permission of such parent or other person.

The protections afforded against discrimination on the basis of familial status shall apply to any person who is pregnant or is in the process of securing legal custody of any individual who has not attained the age of 18 years.

(l) «Conciliation» means the attempted resolution of issues raised by a complaint, or by the investigation of such complaint, through informal negotiations involving the aggrieved person, the respondent, and the Secretary.

(m) «Conciliation agreement» means a written agreement setting forth the resolution of the issues in conciliation.

(n) «Respondent» means—

(1) the person or other entity accused in a complaint of an unfair housing practice; and

(2) any other person or entity identified in the course of investigation and notified as required with respect to respondents so identified under section 3610 (a) of this title.

(o) «Prevailing party» has the same meaning as such term has in section 1988 of this title

TITLE 42 CHAPTER 126 SUBCHAPTER IV § 12212

§ 12212. Alternative means of dispute resolution

Release date: 2005-02-25

Where appropriate and to the extent authorized by law, the use of alternative means of dispute resolution, including settlement negotiations, conciliation, facilitation, mediation, factfinding, minitrials, and arbitration, is encouraged to resolve disputes arising under this chapter.

**ANEXO III
THE 2005 FLORIDA STATUTES (EEUU)**

I.- Introducción

Esta ley ha sido seleccionada para nuestro análisis por las afinidades culturales existentes entre el Estado de Florida y nuestro país, además de su riqueza normativa en cuanto a temas específicos a los que nos referiremos más adelante en este trabajo. Las partes referidas a arbitraje, sólo serán tratadas someramente para tener un visión completa, pero no serán profundizadas por no ser objeto de nuestra investigación.

Esta ley, al igual que la Uniform Mediation Act, caracteriza la mediación como un proceso de resolución de disputas de carácter informal. Es así que no se establecen etapas definidas en el proceso de mediación ni plazos rígidos de ninguna especie, salvo el caso de la reclamación ante la violación de la confidencialidad. La regulación del proceso queda en manos de la corte que la ordena, dejando, sin perjuicio, gran libertad a las partes para poder optar por no regirse por la regulación establecida.

Como es frecuente en las normas sobre mediación norteamericanas, esta ley prevé la confidencialidad de las comunicaciones realizadas durante la mediación y el privilegio de reserva para quienes participan en ella, estableciendo además consecuencias jurídicas destinadas a hacer que la persona que ha vulnerado la confidencialidad repare a quien ha sido perjudicado, señalando plazos de prescripción de tales acciones.

Un punto de gran interés que trata esta norma se refiere al sistema de financiamiento de la mediación, previendo un método de recaudamiento fiscal a cargo del secretario de la corte para cubrir aquellos casos en que las partes

no puedan financiar el proceso. En la misma línea se prevé un sistema de tarifas que se configura en relación proporcional a los ingresos de las partes, asegurando de esta forma un mecanismo de redistribución de ingresos y un sistema de cobro equitativo.

Por otra parte, se señala la posibilidad de crear Centros de Resolución de Disputas Ciudadanas, para atender de manera más eficiente las demandas de mediación de la comunidad.

Por último, respecto de la calificación o preparación del mediación, es interesante señalar que la ley no limita tal cargo a ciertas profesiones u oficios, dejando tal calificación y certificación en manos de la Corte. Sin embargo, de la ley se deduce que tal certificación no consiste en la siempre obtención de éste, sino en un proceso constante y dinámico, pues los mediadores deben renovar cada cierto tiempo su certificación.

II.- Resumen y descripción por sección.

S.44.1011. Definiciones.

(Definitions)

El proceso de mediación es descrito como «un proceso por el cual una tercera persona neutral llamada mediador actúa animando y facilitando la resolución de una disputa entre dos o más partes.» Luego, se pone énfasis en que se trata de «un proceso informal y no adversarial». Se señala como su principal objetivo «ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable y voluntario», es por ello que se dice que la decisión del asunto descansa en las partes. Así, se señala que el rol del mediador incluye -sin limitarse a- asistir a las partes en la identificación del problema, acoger las soluciones conjuntas de las partes y explorar las soluciones alternativas. De esta forma, la ley es clara al definir la mediación, pues vemos que en ella lo que se busca resaltar y potenciar es la autonomía de las partes, como un principio que estará presente a lo largo de toda la normativa.

Dentro del proceso de mediación, la ley distingue distintos tipos de mediación, entre ellos:

- Mediación de Corte de Apelación: Aquella que se desarrolla durante la pendencia de la apelación de un caso civil.

- Mediación de circuito de Corte: Aquella sobre casos civiles o de familia en juzgados de circuito. En estos casos, si una parte es representada por un abogado, éste debe comparecer mandatado por las partes o de otro modo ordenado por la Corte.

- Mediación de Corte de Condado: Aquellas mediaciones de casos civiles bajo jurisdicción de una Corte de Condado, incluidas las

demandas pequeñas. En estos casos la mediación es primariamente dirigida por las partes, no se requiere la comparecencia de un abogado, pero tampoco se niega su participación.

- Mediación familiar: Aquella que resuelve problemas de familia, se trate de personas casadas o no, tales como formas de solución a problemas de responsabilidad paterna, custodia y visitas de menores, disolución del matrimonio, división del patrimonio, etc. Un abogado puede comparecer a nombre de las partes y comunicar privadamente a sus clientes. Sin embargo la presencia de un abogado no es requerida, salvo sea ordenada por la Corte.

- Mediación necesaria o por dependencia: Aquella que se aplica para sujetos dependientes o necesitados de mediación. Al igual que en el caso anterior, un abogado puede comparecer a nombre de las partes y comunicar privadamente a sus clientes. Sin embargo la presencia de un abogado no es requerida, salvo sea ordenada por la Corte.

Entre los diferentes tipos de mediación que encontramos en la ley, se distinguen los cinco tipos anteriormente enunciados, diferenciados según su naturaleza y ámbito jurisdiccional.

S. 44.102. Mediación ordenada por una Corte.
(*Court-ordered mediation*)

Se establece que la mediación ordenada por una Corte debe regirse por el procedimiento establecido por la Corte Suprema.

Bajo tal procedimiento, se señala que una Corte:

a) Debe, a petición de una parte, referir a mediación cualquier acción civil por daños pecuniarios, siempre que las partes estén dispuestas y puedan pagar los costos de la mediación o los costos puedan ser divididos equitativamente entre las partes, salvo para ciertos casos especialmente previstos, tales como:

- La acción es sobre una disputa de propietario y arrendatario que no incluye demanda por una lesión personal.

-La acción es entablada por una deuda colectiva.

-La acción se rige por las Florida Small Claims Rules.

-La acción es por una mala práctica médica.

-Las partes han acordado someterse a arbitraje.

b) Puede referir a mediación toda o parte de cualquier demanda civil que no es requerida por esta sección.

Sin embargo, al respecto se establecen excepciones, ya que en los circuitos en que los programas de mediación han sido establecidos, ante la solicitud o moción de una parte, puede no referir un caso a mediación si ha habido una historia de violencia doméstica que comprometería el proceso de mediación, así como también en los circuitos en que existen necesitados de servicios de mediación, también en ciertos casos puede no referirlos a mediación

Se establece que todas las comunicaciones, en un proceso de mediación, salvo excepciones, podrán ser exceptuadas de los requisitos formales que son requeridos por regla general.

Se establece que cada juez jefe de circuito mantendrá una lista de mediadores que han sido certificados por la Corte Suprema y registrados para el cargo en el circuito.

Por último, se establece que cuando la mediación no ha llegado a un acuerdo y se encuentra en un punto muerto y ha sido ordenada por la Corte, el proceso podrá someterse a juzgamiento si el mediador acredita tales situaciones.

S. 44.103. Ordenado por Corte, Arbitraje no vinculante.
(*Court-ordered, nonbinding arbitration*)

Se establece que ordenado por la Corte, un arbitraje no vinculante se regirá por las normas adoptadas por la Corte Suprema. Bajo tales reglas, la Corte puede derivar a arbitraje no vinculante cualquier contestación de demanda entablada en una Corte de circuito o condado. Tales árbitros serán seleccionados y remunerados por las partes o en caso de indigencia de una parte, total o parcialmente, remunerado por el Estado. Se señala que el árbitro recibirá por su trabajo un mínimo de \$1.500 por día, salvo que las partes acuerden otra cosa. Se establece un particular sistema de pago, ya que se establece que antes de aprobar el uso de fondos reembolsables, la Corte debe asegurarse de que las partes pagarán y que acordaron un plan de pago con el secretario de la Corte.

Se señala que un árbitro, o el jefe en caso de tratarse de un cuerpo colegiado, tendrá el poder de conducir el procedimiento, de acuerdo a las normas que la Corte provea, bajo juramento o palabra. Ante la solicitud de arbitraje, un árbitro citará a los testigos, y se preocupará de la producción de libros, registros, documentos, y otras evidencias pudiendo ordenar y compeler que sus órdenes sean cumplidas. Por último, se establece que la decisión arbitral será presentada a las partes por escrito.

S. 44.104. Arbitraje voluntario vinculante y resolución de un tribunal voluntario.

(Voluntary binding arbitration and voluntary trial resolution)

Se establece que dos o más partes en una disputa civil pueden acordar, por escrito, someter la controversia a arbitraje voluntario vinculante o resolución de un tribunal voluntario, antes o después de que la demanda ha sido entablada, previendo que no hay una cuestión constitucional envuelta.

Se establece que una vez solicitado el arbitraje, dentro de diez días la Corte nombrará al árbitro o al juez requerido y una vez nombrado, notificará a las partes del día y lugar en que se realizará la audiencia.

S. 44.106. Estándares y Procedimientos para mediación y arbitraje: Costos

(Standards and procedures for mediation and arbitrators, Fees)

Se establece que la Corte Suprema establecerá los estándares mínimos y procedimientos para la calificación, certificación, conducta profesional, disciplina y preparación de mediadores y árbitros. La misma Corte está autorizada para determinar los costos de administración a pagar por el proceso de certificación y de su renovación.

S. 44.107. Inmunidad de árbitros, mediadores y aprendices de mediador

(Immunity for arbitrators, mediators, and mediators trainees)

Bajo este título, se establece que los árbitros y mediadores gozarán de la misma inmunidad que los jueces, tanto para aquellos mediadores que actúan en una mediación ordenada por una Corte como los que no, salvo que actúen de mala fe, con propósito malicioso o exhiban violencia o descuido frente a los derechos humanos, la seguridad o la propiedad. Esta irresponsabilidad limitada también se establece para el funcionario de la Corte Suprema que actúe cumpliendo la función disciplinaria de la sección anterior.

S. 44. 108. Financiamiento de la mediación y arbitraje

(Funding of mediation and arbitration)

En esta sección se establece que la mediación y el arbitraje serán accesibles a todas las partes, sin importar su estatus económico. Un archivo de \$1 es recaudado de cada procedimiento en Cortes con circuito o condado como fondo para los servicios de mediación y arbitraje que son de

responsabilidad de la Corte Suprema, debiendo, el secretario de la Corte enviar los dineros recaudados al Departamento de Ingresos correspondiente.

A continuación se establece un sistema de cobro de tarifas a cargo del secretario del tribunal, para los casos de mediación ordenada por la Corte:

-80 dólares por persona por sesión de mediación familiar, cuando los ingresos sumados de las partes es mayor a \$50.000, pero menor a \$100.000 por año.

-40 dólares por persona por sesión de mediación familiar, cuando los ingresos sumados de las partes son menores a \$50.000.

-40 dólares por sesión de mediación en casos de Corte de condado.

Para los casos en que una de las partes sea indigente o demandas pequeñas, se recurrirá a los fondos recaudados como se explicó al principio de la sección.

S. 44.201. Centros de acuerdo de disputas ciudadanas, establecimiento, operatividad, confidencialidad

(Citizen Dispute Settlement Centres; establishment; operation; confidentiality)

El juez jefe de un circuito judicial, después de consultar la o las tablas con los comisionados de condado, puede establecer un Centro de acuerdo de disputas ciudadanas por cada condado, con la aprobación de los superiores.

Se establece que cada Centro será administrado de acuerdo a las normas adoptadas por un consejo de 7 miembros que incluye desde jueces hasta personas en general interesadas. Este consejo establecerá las cualidades para nombrar al director del centro, quien administrará las operaciones del centro. El consejo podrá pedir y aceptar contribuciones monetarias de municipalidades y condados dentro de su jurisdicción, de agencias del Gobierno Federal, fondos privados y otros fondos disponibles, y podrá gastarlos para desarrollar sus objetivos.

El centro formulará e implementará un plan para el foro informal de mediación y acuerdo de disputas, que prescribirá los objetivos y propósitos del centro; procedimientos para procesar demandas y calendarios de sesiones de mediación; Explorar procedimientos que aseguren que cada disputa mediada se ajusta a los criterios de idoneidad del consejo; procedimientos para dar noticia del tiempo, lugar y naturaleza de la sesión de mediación a las

partes; procedimientos que aseguren que la participación de las partes es voluntaria; y procedimientos por los cuales los casos puedan ser derivados a otras instituciones en caso de fracaso de la mediación.

Se establece además, que cada sesión de mediación será conducida por el centro de modo no judicial e informal, enfatizando en que no habrá adjudicación, sanciones o imposiciones.

Por último, se señala que los funcionarios del centro no serán responsables por daños civiles que se les imputen por acción u omisión desarrollada en el ámbito del desempeño de sus funciones, salvo que actúen de mala fe, con propósito malicioso o exhiban violencia o descuido frente a los derechos humanos, la seguridad o la propiedad.

S. 44.401. Confidencialidad de la mediación y privilegio.

(Mediation Confidentiality and Privilege Act.)

Se señala que las secciones que van del 44.401 a 44.406 podrán ser conocidos por el nombre de *Mediation Confidentiality and Privilege Act*.

S. 44.402. Ámbito de aplicación.

(Scope)

Se establece que la regulación de la mediación se aplicará en aquellos casos que se efectúa ante el requerimiento de la ley, de una Corte o de una agencia; por acuerdo expreso de las partes; o facilitada por un mediador certificado por la Corte Suprema, a menos que las partes acuerden expresamente no regirse por estas normas. Por último, se señala que sin embargo, las partes podrán acordar por escrito toda o una parte de la regulación, no les será aplicable en su proceso de mediación.

S. 44.403. Mediación confidencial y Privilegio, definiciones.

(Mediation Confidentiality and Privilege Act; definitions)

Para efectos de la confidencialidad la ley señala que se entiende por comunicación desarrollada en la mediación toda declaración oral o escrita, incluso una conducta no verbal, realizada durante la mediación o previa a ella hecha para que ésta se lleve a cabo, excluyéndose la comisión de un crimen.

Una definición que llama la atención es la referente a las personas que participan, pues a diferencia de Uniform Mediation Act, para referirse a tales personas no se habla de partes no partícipes, sino simplemente de participantes y no de partes, siendo mucho más adecuado el uso de los términos, al menos para el símil de nuestro sistema.

S. 44.404. Mediación; duración.*(Mediation; duration)*

Se establece que una mediación ordenada por la Corte comienza cuando la orden es expedida y termina cuando:

- Un parcial o completo acuerdo destinado a resolver la disputa y terminar la mediación es suscrito por las partes y, si lo requiere la ley, aprobado por el tribunal.
- El mediador declara un punto muerto por reporte a la Corte o a las partes.
- La mediación es terminada por orden de la Corte o ley.
- La mediación es terminada, después que las partes complacen con la orden de la Corte de comparecer a mediación, por acuerdo de las partes o sólo cuando una parte da noticia escrita a las otras en una mediación múltiple, que su participación es terminada.

En todas las otras mediaciones la mediación comienza cuando las partes lo acuerdan o cuando es ordenada por la agencia o estatuto y termina cuando:

- Un parcial o completo acuerdo destinado a resolver la disputa y terminar la mediación, es suscrito por las partes y, si lo requiere la ley, aprobado por el tribunal.
- El mediador declara un punto muerto a las partes.
- La mediación es terminada por orden de la Corte o ley.
- La mediación es terminada por acuerdo de las partes o sólo cuando una parte da noticia escrita a las otras en una mediación múltiple, que su participación es terminada, siendo efectiva la terminación sólo para la parte que se retrae.

S. 44.405. Confidencialidad; privilegio; excepciones*(Confidentiality; privilege; exceptions)*

En esta sección se establece que por regla general las comunicaciones desarrolladas durante la mediación serán confidenciales, señalándose que un participante en la mediación no puede revelar tal información a un tercero. Una violación de tal confidencialidad dará lugar a la acción correspondiente como se prevé en la sección siguiente, o por la propia Corte cuando la mediación ha sido ordenada por ésta.

La confidencialidad, además se traduce en el privilegio de negarse a testificar, y a prevenir que otra persona pueda hacerlo, en un proceso subsiguiente respecto de la mediación.

Si se trata de una mediación con pluralidad de partes y una comunica a las otras la terminación de su participación en la mediación, ésta tendrá el privilegio de negarse a testificar y a prevenir que otra persona pueda hacerlo, en un proceso subsiguiente respecto de las comunicaciones realizadas antes de comunicar su terminación.

Por último, se establece una excepción respecto de los acuerdos suscritos por escrito alcanzados durante la mediación, salvo que las partes acuerden otra cosa, o para cualquier comunicación de mediación:

- Respecto la cual las partes han renunciado a la confidencialidad y al privilegio de reserva.
- Han sido hechas con la intención de planear, tentar o cometer un crimen.
- Ofrecidas para denunciar, probar o desmentir una mala práctica o conducta profesional ocurrida durante la mediación.
- Ofrecidas por el propósito limitado de establecer o refutar asuntos reconocidos legalmente para anular o modificar el acuerdo logrado durante la mediación.

Salvo en el primer caso, se establece que la excepción sólo operará para los propósitos que fue prevista, permaneciendo la confidencialidad para todos los demás efectos. Además, se señala que la información que es declarada admisible de otro modo u objeto de descubrimiento, no podrá ser declarada inadmisibles o protegida del descubrimiento por razón de su reserva o uso en la mediación.

S. 44.406. Confidencialidad; Remedios civiles.
(Confidentiality; civil remedies)

En esta sección se establecen acciones frente al incumplimiento del deber de confidencialidad. Se establece que cualquier participante en la mediación que con intención y conocimiento revele una comunicación desarrollada durante la mediación, en violación de la confidencialidad, deberá remediar a través de:

- Beneficio equitativo (Equitable relief)

- Compensación de daños.
- Honorarios de abogado, honorarios de mediador y otros costos relacionados con el proceso de mediación.
- Razonables honorarios de abogado y costos incurridos en aplicación de la acción de remedio.

El plazo para reclamar de tales reparaciones será de dos años desde que la parte tuvo oportunidad razonable de revelar la información, pero nunca más de cuatro años después de la violación de confidencialidad.

De esta forma, al establecer un plazo para denunciar la violación, contado desde el momento en que la parte tiene la oportunidad para revelar la información, con un límite de cuatro años desde que viola la reserva, se establece también un tiempo limitado de reserva para la información.

ANEXO IV MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN FRANCIA EXTRACTO DE LEYES APLICABLES

Ley n° 95-125 de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo.

Título II DISPOSICIONES DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Capítulo 1° La conciliación y la mediación judicial

Art. 21. Modificado por la ley n°2002-1138 de 9 de septiembre de 2002 art. 8 (JORF 10 de septiembre de 2002)

El juez puede, luego de haber obtenido el acuerdo de las partes, designar una tercera persona que reúna las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado para proceder:

1° Sea a las tentativas previas de conciliación prescritas por la ley, salvo en materia de divorcio y de separación matrimonial;

2° Sea a una mediación, en todo estado del procedimiento, comprendido en référé, para intentar que las partes lleguen a un acuerdo.

El juez fijará el monto de la provisión que debe abonarse para la remuneración del mediador y designa la o las partes que consignarán la provisión en el término que determine.

La designación del mediador caducará a falta de consignación en el término y de acuerdo a las modalidades impartidas. La instancia continuará en ese caso.

Si el juez no obtuvo el acuerdo de las partes para proceder a las tentativas previas de conciliación previstas en el número 1, puede requerirlas a reunirse con una persona que designará para tales efectos, que reúna las condiciones establecidas en el apartado primero. Ésta informará a las partes sobre el objeto y el desarrollo de la medida de conciliación.

Art. 22. Las partes determinan libremente la repartición entre ellas de la carga de los gastos de la mediación.

A falta de acuerdo, estos gastos serán repartidos en partes iguales, a menos que el juez estime que tal repartición no es equitativa a la luz de la situación económica de las partes.

Cuando una de las partes esté beneficiada de ayuda jurisdiccional, la repartición de los costos de la mediación será establecida según las reglas previstas en el inciso precedente. Los gastos que incumban a la parte beneficiaria de ayuda jurisdiccional son de cargo del Estado, bajo reserva de las disposiciones de los artículos 45 y 46 de la ley n°91-647 de 10 de julio de 1991, relativa a la ayuda jurídica.

Art. 23. La duración de la misión de conciliación o de mediación estará inicialmente fijada por el juez, pero no podrá exceder el término fijado por decreto de Consejo de Estado.

El juez podrá, en todo caso, renovar la misión de conciliación o mediación. Podrá también ponerle fin antes de la expiración del plazo que fijó, de oficio o a petición del conciliador, del mediador, o de una parte.

Art.24. El conciliador y el mediador están sujetos a la obligación de secreto respecto de terceros. Las constataciones del conciliador o del mediador y las declaraciones que ellos recojan no pueden ser invocadas ante el juez que conoce del litigio salvo acuerdo de las partes. Éstas no pueden ser utilizadas en alguna otra instancia. En todo caso, el conciliador o mediador informarán al juez si las partes han llegado o no a un acuerdo.

Art. 25. En caso de acuerdo, las partes pueden someterlo a la homologación del juez quien le dará fuerza ejecutoria.

Art.26. Las disposiciones del presente capítulo no son aplicables al procedimiento penal.

Un decreto del Consejo de Estado precisará las condiciones de aplicación de estas disposiciones y determinará las reglas aplicables a la

NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL FRANCÉS²⁵²

LIBRO I - Disposiciones comunes a todos los órganos jurisdiccionales

Título I - Disposiciones preliminares

Capítulo I - Los principios rectores del proceso

Sección VIII - La conciliación

Artículo 21

Forma parte de los cometidos del tribunal promover la conciliación de las partes.

LIBRO I - Disposiciones comunes a todos los órganos jurisdiccionales

Título VI - La conciliación

Artículo 127

Las partes podrán conciliarse, por sí mismas o a instancias del tribunal, a lo largo de todo el proceso.

Artículo 128

La conciliación podrá intentarse, salvo disposición particular, en el lugar y momento que el tribunal estime idóneos.

Artículo 129

Las partes podrán pedir en todo caso que el tribunal deje constancia de su conciliación.

Artículo 130

Se dejará constancia del acuerdo alcanzado, aunque sea parcial, por medio de acta firmada por el tribunal y las partes.

Artículo 131

Podrán librarse testimonios del acta en que se haya dejado constancia de la conciliación, que tendrán fuerza de título ejecutivo.

LIBRO I - Disposiciones comunes a todos los órganos jurisdiccionales

Título VI bis - La mediación

Artículo 131-1

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

²⁵² www.legifrance.gouv.fr

El tribunal que conozca de un proceso, tras recabar el acuerdo de las partes, podrá designar a un tercero que escuche a las partes y confronte sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución a la controversia que les enfrenta.

Esta potestad también está atribuida al juez competente para los réferés²⁵³, durante la pendencia del proceso.

Artículo 131-2

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La mediación puede versar sobre toda la controversia o sobre parte de ella.

El asunto no dejará de estar pendiente ante el tribunal, quien podrá acordar en todo momento las medidas que estime necesarias.

Artículo 131-3

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La duración inicial de la mediación no podrá ser superior a los tres meses. El encargo podrá ser prorrogado en una sola ocasión, por la misma duración, a solicitud del mediador.

Artículo 131-4

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La mediación podrá encomendarse a una persona física o a una asociación.

Si el mediador designado fuese una asociación, su representante legal habrá de someter a la aprobación del tribunal el nombre de la persona o de las personas físicas que se encargarán, desde dicha asociación y en su nombre, de dar cumplimiento a la medida.

Artículo 131-5

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La persona física a la que se encargue el cumplimiento de la labor de mediación deberá reunir los requisitos siguientes:

1°. No haber sido objeto de alguna de las condenas, incapacidades o inhabilitaciones mencionadas en la lista 2ª de antecedentes penales.

2°. No haber sido autor de hechos contrarios al honor, a la moral y a las buenas costumbres que hubieran dado lugar a una sanción disciplinaria o

administrativa de destitución, expulsión, revocación o retirada de licencia o autorización.

3°. Estar en posesión, como consecuencia de su ejercicio actual o en el pasado de cierto tipo de actividades, de la cualificación requerida en función de la naturaleza de la controversia;

4°. Acreditar, según cada caso, un grado de formación o de experiencia adaptado a la práctica de la mediación.

5°. Estar revestido de las garantías de independencia necesarias para el ejercicio de la mediación.

Artículo 131-6

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La resolución por la que se decreta la mediación hará referencia al acuerdo de las partes, designará al mediador y la duración inicial de su encargo e indicará la fecha en que el asunto habrá de ser retomado por el tribunal.

En ella se fijará el importe de la provisión para hacer frente a la remuneración del mediador de la manera lo más ajustada posible a la que resulte previsible, y se designará a la parte o partes que habrán de consignar dicha provisión dentro del plazo que se fije; en caso de que se designara a varias partes, la resolución indicará la proporción en que habrá de proceder cada una a la consignación.

En caso de no producirse la consignación, dicha resolución quedará sin efecto y el proceso proseguirá.

Artículo 131-7

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Una vez dictada la resolución por la que se designe al mediador, el secretario del tribunal la notificará con entrega de copia simple a las partes y al mediador por correo ordinario.

Artículo 131-8

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

El mediador carece de potestad para ordenar la práctica de pruebas. No obstante, con el acuerdo de las partes y si resulta necesario a los efectos de la mediación, podrá oír a terceros, siempre que éstos presten su consentimiento.

Durante la pendencia del mismo proceso no podrá encomendarse al mediador la realización de ningún acto de prueba.

Artículo 131-9

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La persona física encargada de la mediación mantendrá informado al tribunal de las dificultades que encontrare en el desempeño de su labor.

Artículo 131-10

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

En cualquier momento podrá el tribunal poner fin a la mediación, si así lo solicita alguna parte o el propio mediador.

El tribunal también podrá ponerle fin de oficio, cuando se hallare comprometido su correcto desarrollo.

En los casos anteriores, el tribunal habrá de retomar el litigio tras la celebración de una comparecencia, a la que las partes serán citadas por el secretario por correo certificado con acuse de recibo.

En dicha comparecencia, si el tribunal pone término al encargo del mediador, podrá proseguir el proceso. Esta resolución se comunicará al mediador.

Artículo 131-11

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Concluido su encargo, el mediador comunicará por escrito al tribunal si las partes han logrado o no llegar a una solución para la controversia que las enfrenta.

En la fecha prefijada, el tribunal volverá a hacerse cargo del litigio.

Artículo 131-12

(Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

A petición de las partes, el tribunal homologará el acuerdo que éstas le sometan.

Esta homologación tendrá la consideración de un acto de jurisdicción voluntaria.

Artículo 131-13

(Introducido por el art. 2 del Decreto nº 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Concluido su encargo, el tribunal determinará la remuneración del mediador.

El deber de abonar los costes de la mediación se repartirá conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la ley nº 95-125 de 8 de febrero de 1995 relativa a la organización de los tribunales y al proceso civil, penal y administrativo.

El tribunal autorizará la entrega al mediador, hasta su debida concurrencia, de las cantidades consignadas en la secretaría.

Ordenará, si hubiera lugar a ello, el pago de cantidades complementarias, con indicación de la parte o partes que habrán de abonarlas, o la devolución del remanente del importe consignado.

Si el mediador lo solicita, se le expedirá un título ejecutivo.

Artículo 131-14

(Introducido por el art. 2 del Decreto nº 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Las apreciaciones efectuadas por el mediador y las declaraciones que hubiera recogido no podrán aportarse ni alegarse durante el curso restante del proceso sin el acuerdo de las partes, ni tampoco durante el desarrollo de cualquier otro proceso.

Artículo 131-15

(Introducido por el art. 2 del Decreto nº 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La resolución que acuerde, prorrogue o ponga término a la mediación no será recurrible en apelación.

LIBRO II - Disposiciones particulares para cada tipo de tribunal

Título II - Disposiciones particulares para el tribunal d'instance

Subtítulo I - El procedimiento ordinario

Artículo 829

(Art. 1 del Decreto nº 88-209 de 4 de marzo de 1988, Boletín Oficial de 5 de marzo de 1988 en vigor el 1º de enero de 1989)

(Arts. 17 y 18 del Decreto n° 2003-542 de 23 de junio de 2003, Boletín Oficial de 25 de junio de 2003, en vigor el 15 de septiembre de 2003)

(Art. 52 I del Decreto n° 2004-836 de 20 de agosto de 2004, Boletín Oficial de 22 de agosto de 2004, en vigor el 1 de enero de 2005)

Ante el *Tribunal d'instance* y ante los tribunales de proximidad la demanda se interpondrá por medio de *assignation* a efectos de conciliación o, en su defecto, de sentencia, sin perjuicio de la facultad del demandante de promover un intento de conciliación antes de proceder a la *assignation*.

La demanda también podrá interponerse por presentación en la secretaría de una solicitud conjunta de las partes, por comparecencia voluntaria de las partes ante el juez o, en el supuesto del artículo 847-1, por medio de declaración formulada en la secretaría.

En caso de que no exista acuerdo de las partes para proceder a un intento de conciliación, el tribunal podrá, por medio de resolución irrecurrible, obligarlas a citarse con un conciliador que se designará a tal fin y que se encargará de informarlas acerca del objeto y desarrollo de la medida de conciliación.

Capítulo I

El intento previo de conciliación

Artículo 830

(Art. 17 del Decreto n° 2003-542 de 23 de junio de 2003, Boletín Oficial de 25 de junio de 2003, en vigor el 15 de septiembre de 2003)

(Art. 52 I del Decreto n° 2004-836 de 20 de agosto de 2004, Boletín Oficial de 22 de agosto de 2004, en vigor el 1 de enero de 2005)

La solicitud que tenga por objeto promover un intento previo de conciliación se formulará en la secretaría verbalmente o por medio de un simple escrito.

El solicitante indicará el apellido, nombres, profesión y domicilio de las partes, así como el objeto de su pretensión.

Artículo 831

(Art. 1 del Decreto n° 82-716 de 10 de agosto de 1982, Boletín Oficial de 17 de agosto de 1982)

(Art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

El intento previo de conciliación podrá llevarse a cabo ante el juez o ante un conciliador designado a tal efecto, que reúna las condiciones previstas en el decreto n° 78-381 de 20 de marzo de 1978 relativo a los conciliadores.

En todo caso, las partes habrán de comparecer personalmente.

Artículo 832

(Art. 1 del Decreto n° 82-716 de 10 de agosto de 1982, Boletín Oficial de 17 de agosto de 1982)

(Art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La duración inicial de la conciliación no podrá ser superior a los tres meses. El encargo podrá ser prorrogado en una sola ocasión, por la misma duración, a solicitud del conciliador.

Artículo 832-1

(Arts. 17 y 191 del Decreto n° 2003-542 de 23 de junio de 2003, Boletín Oficial de 25 de junio de 2003, en vigor el 15 de septiembre de 2003)

El juez pasará a conocer del asunto desde el momento en que alguna de las partes remita a la secretaría una copia de la assignation.

Dicha remisión habrá de efectuarse a más tardar ocho días antes de la fecha de la vista.

Artículo 832-2

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Una vez recibida la aceptación de las partes, el juez designará al conciliador y señalará el plazo que le concede para cumplir con su encargo.

Esta resolución se comunicará al conciliador y a las partes. Se enviará al conciliador una copia de la demanda.

Artículo 832-3

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

El conciliador citará a las partes, en el lugar, día y hora que él mismo señale, para proceder al intento previo de conciliación.

Artículo 832-4

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

El conciliador podrá acudir a los lugares que estime oportunos.

Con el acuerdo de las partes, podrá oír a cualquier persona cuya declaración considere útil, siempre que ésta preste su consentimiento.

Artículo 832-5

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

El conciliador mantendrá informado al juez de las dificultades que encontrare en el desempeño de su labor.

Artículo 832-6

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

En cualquier momento podrá el juez poner fin a la conciliación, si así lo solicita alguna parte o el propio conciliador.

El tribunal también podrá ponerle fin de oficio, cuando se hallare comprometido su buen desarrollo.

Esta decisión se pondrá en conocimiento del conciliador.

El secretario notificará a las partes la decisión del juez por correo ordinario con acuse de recibo, recordándoles su facultad de acudir al tribunal competente a los efectos de que el asunto sea objeto de enjuiciamiento.

Artículo 832-7

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Concluido su encargo, el conciliador informará por escrito al juez del éxito o del fracaso del intento previo de conciliación.

En caso de haberse llegado a una conciliación, aunque fuese parcial, el conciliador elaborará un documento en que se haga constar, que será firmado por las partes.

En caso de que la conciliación haya fracasado, el secretario dirigirá una comunicación a las partes por correo certificado con acuse de recibo recordándoles su facultad de acudir al tribunal competente a los efectos de que el asunto sea objeto de enjuiciamiento.

Artículo 832-8

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

A petición de las partes, el conciliador remitirá al juez la solicitud de homologación del documento en que se haga constar el acuerdo alcanzado; a dicha solicitud se acompañará una copia del documento.

Esta homologación tendrá la consideración de un acto de jurisdicción voluntaria.

Artículo 832-9

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

Las apreciaciones efectuadas por el conciliador y las declaraciones que hubiera recogido no podrán aportarse ni alegarse durante el curso restante del proceso sin el acuerdo de las partes, ni tampoco durante el desarrollo de cualquier otro proceso.

Artículo 832-10

(Introducido por el art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La resolución que acuerde, prorrogue o ponga término a la conciliación no será recurrible en apelación.

Artículo 833

(Art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

En caso de que el juez vaya a proceder por sí mismo al intento de conciliación, el secretario notificará al demandante por correo ordinario el lugar, día y hora en que tendrá lugar.

El demandado será citado por correo ordinario. En la citación se expresarán el apellido, nombres, profesión y dirección del demandante, así como el objeto de la demanda.

En ambas notificaciones se establecerá que las partes podrán ser asistidas por alguna de las personas enumeradas en el artículo 828.

Artículo 834

(Art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

En caso de que el juez no logre conciliar a las partes, el asunto podrá ser inmediatamente enjuiciado, si las partes lo consintieren. En tal caso, se actuará según lo previsto para el procedimiento incoado por comparecencia voluntaria.

Artículo 835

(Art. 1 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996)

La solicitud que tenga por objeto promover un intento previo de conciliación sólo interrumpirá la prescripción si la assignation se entrega a su destinatario en un plazo de dos meses a contar, según el caso, desde la fecha del intento de conciliación llevado a cabo por el juez, desde la notificación prevista en el párrafo cuarto del artículo 832-6, desde la prevista en el párrafo tercero del artículo 832-7 o desde el agotamiento del plazo concedido por el demandante al deudor para cumplir la obligación

Decreto 78-381 de 20 de marzo de 1978 modificado, relativo a los conciliadores de justicia

Art.1. Se instituyen conciliadores de justicia que tienen por misión facilitar, fuera de todo procedimiento judicial, el arreglo amigable de los diferendos que recaigan sobre derechos que sean de libre disponibilidad de los interesados. Pueden igualmente proceder a «las tentativas previas de conciliación» prescritas por la ley, salvo en materia de divorcio y de separación matrimonial, en las condiciones y según el procedimiento estipulado en los artículo 831 y 835 del nuevo código de proceso civil.

Las funciones del conciliador de justicia son ejercidas a título benévolo.

Art.2. El conciliador de justicia debe gozar de sus derechos civiles y políticos y no debe estar investido de ningún mandato electivo en el territorio de la Corte de Apelaciones en el cual ejerce sus funciones.

Pueden ser nombrados conciliadores de justicia las personas que justifican una experiencia en materia jurídica de al menos tres años, cuya competencia y actividad califican particularmente para el ejercicio de estas funciones.

No pueden estar encargados de funciones de conciliados de justicia los oficiales públicos y ministeriales y las personas que ejercen, a cualquier título,

actividades judiciales o que participan en el funcionamiento del servicio de la justicia.

En todo caso, las funciones de conciliador de justicia no son incompatibles con aquellas de suplente de juez de instancia.

Art.3. El conciliador de justicia es nombrado, por un primer período de un año por ordenanza del primer presidente de la Corte de Apelaciones, luego de opinión del procurador general, sobre proposición del juez de instancia. Al término de éste, el conciliador puede, en las mismas condiciones, ser reconducido en sus funciones por un período renovable de cinco años. El consejo departamental de ayuda jurídica es informado de estas nominaciones. Puede ponerse término a sus funciones antes de la expiración de su término por ordenanza motivada del primer presidente, después de opinión del procurador general y del juez de instancia, habiendo sido el interesado previamente escuchado.

Bajo proposición del juez de instancia, el título de conciliador de justicia honorario puede ser conferido por el primer presidente, después de opinión del procurador general, al conciliador de justicia que ha ejercido sus funciones durante al menos cinco años. Los conciliadores de justicia honorarios son obligados a deber de reserva que se impone a su condición. El título honorífico puede ser retirado por atentado al honor, a la delicadeza o a la dignidad. La decisión de retiro es tomada por ordenanza motivada del primer presidente de la Corte de Apelaciones, después de opinión del procurador general y del juez de instancia, habiendo sido el interesado previamente escuchado.

Art.4. La ordenanza que nombra conciliador de justicia indica la circunscripción en la cual él ejerce sus funciones.

Ella indica el tribunal de instancia al cual el conciliador debe remitirse para depositar el «procedimiento-verbal» de conciliación.

Art.5. El conciliador de justicia es «asido» sin formalidades. Puede ser asido por toda persona física o moral. Puede igualmente serlo por las autoridades judiciales a las cuales él rinde cuenta de sus diligencias y del resultado de su misión. Asir al conciliador de justicia no interrumpe ni suspende la prescripción, los plazos de caducidad ni los plazos para recurrir.

Art.6. El conciliador de justicia invita eventualmente a los interesados a dirigirse ante él.

Éstos pueden hacerse acompañar de una persona de su elección.

Art.7. El conciliador de justicia puede dirigirse a los lugares.

Bajo reserva de su aceptación, puede escuchar a todas las personas cuya audición parece útil.

Art.8. El conciliador de justicia tiene obligación de secreto. Las informaciones que recoja o las constataciones a las cuales proceda no pueden ser divulgadas. Luego de su primera nominación a las funciones de conciliador de justicia, éste presta ante la Corte de Apelaciones el juramento siguiente: «Yo juro lealmente cumplir mis funciones con exactitud y probidad y observaré todos los deberes que ellas me imponen».

Art.9. En caso de conciliación, aunque sea parcial, puede ser establecido un comprobante de acuerdo firmado por los interesados y por el conciliador de justicia. La redacción de un comprobante es obligatorio cuando la conciliación tiene por efecto la renuncia de un derecho.

Un ejemplar de este documento es remitido a cada interesado; un ejemplar es conservado por el conciliador de justicia y depositado por él, sin tardanza, en la secretaría del tribunal de instancia señalado en el artículo 4.

A partir del momento en que las partes expresan su voluntad en el acto que constata su acuerdo, el juez de instancia mencionado en el artículo 4 puede dar fuerza ejecutoria al acto que expresa dicho acuerdo.

Las disposiciones que preceden no son aplicables en los casos mencionados en el inciso segundo del artículo 1ro.

Art.9.bis. Una vez por año, el conciliador de justicia presenta un informe de su actividad al primer presidente y al procurador general de la Corte de Apelaciones así como también al juez de instancia señalado en el artículo 4. Este informe puede ser público.

Art.9.ter. Los conciliadores de justicia en funciones a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y habiendo ejercido sus funciones durante tres años a la fecha de la solicitud de renovación de su mandato, no tienen que justificar la segunda condición prevista en el inciso segundo del artículo 2.

**ANEXO V
NORMAS SOBRE MEDIACIÓN EN SUIZA
EXTRACTO**

LEY DE MEDIACIÓN CIVIL SUIZA
(Ley No 8931 de 28 de octubre de 2004)

EL GRAN CONSEJO de la República y Cantón de Ginebra decreta lo que sigue:

Art.1 Modificaciones

La ley de enjuiciamiento civil de 10 de abril de 1987 queda modificada como sigue:

Art.56, apartado 1 (nueva redacción)

Las transacciones conciliatorias, realizadas por los jueces, así como los convenios de mediación homologados en el sentido del artículo 71F, se remitirán a la secretaría judicial de la jurisdicción a la que pertenezcan, y serán minutados como sentencias.

Art.58, apartado 1 (nueva redacción)

La presentación del emplazamiento o de la solicitud de homologación de un convenio de mediación ante la secretaría del Juzgado de primera instancia, constituirá la presentación de la demanda y dará impulso a la instancia, sin perjuicio del artículo 64, apartado 3.

Art.69 Transacciones (nueva redacción)

Las transacciones conciliatorias operadas por el juez de paz, así como los convenios de mediación homologados en el sentido del artículo 71F, tendrán el mismo valor que las que se hayan llevado a cabo ante la Cámara de conciliación.

TÍTULO III A

Mediación civil (nuevo)

Capítulo I

Disposiciones generales (nuevo)

Art.71º Mediador civil (nuevo)

En todos los procedimientos, que de manera general parezcan ser de naturaleza tal que puedan ser objeto de mediación, la Cámara de conciliación del Juzgado de primera instancia o los juzgados del cantón en materia civil, podrán, en todo momento del procedimiento, proponer a las partes resolver el litigio amistosamente con la intervención de un mediador civil (en adelante, mediador) o de una tercera persona calificada, independiente, neutral e imparcial.

Art.71B Competencias (nuevo)

El mediador no interviene en el procedimiento civil.

El juez no interviene en el proceso de mediación.

El juez y el mediador facilitan a las partes el paso del procedimiento civil al proceso de mediación, y a la inversa.

Art.71C Información (nuevo)

El juez dará a las partes, en su caso, en presencia de su asistencia letrada, las informaciones necesarias sobre la mediación y su costo. Les entregará un listado de los mediadores y de las instituciones de mediación.

Podrá otorgarles un plazo de reflexión, que en general no excederá de treinta días,

Cuando las partes así lo soliciten, a falta de acuerdo en cuanto a la persona o institución de su elección, el juez les propondrá el nombre de un mediador o de una institución de mediación.

Capítulo II Mediación y conciliación (nuevo)

Art.71D Mediación antes de la conciliación (nuevo)

Cuando las partes hayan negociado un convenio de mediación, fuera del procedimiento civil, podrán presentar directamente ante el juez conciliador competente una solicitud de homologación. Dicha solicitud contendrá la identidad de las partes, una breve exposición de los hechos y la conclusión, solicitando la homologación del convenio. Éste será adjuntado a la solicitud, y procede, los documentos que resulten adecuados.

Art.71E Mediación iniciada en la conciliación (nuevo)

Desde que hayan firmado el compromiso de mediación, las partes podrán pedir al juez que las cite nuevamente para conciliación dentro de un plazo que no excederá, en general, de tres meses.

En caso de que la mediación fracasara, y a petición de la parte más diligente, el juez convocará nuevamente a las partes para dictar la autorización para demandar.

Art.71F Homologación en conciliación (nuevo)

Tras comprobar que el convenio de mediación que se somete por las partes no es contrario al orden público ni al derecho imperativo, el juez conciliador redactará un acta que equivaldrá a homologación y que contendrá la descripción de las partes y el texto del convenio. Dicha acta será firmada por las partes o su mandatario, el juez y el secretario.

Si el mediador que ha intervenido no está inscrito en el registro de mediadores, el juez conciliador podrá denegar la homologación del convenio.

Capítulo III Mediación en el transcurso del procedimiento (nuevo)

Art.71G Mediación tras la interposición de la demanda (nuevo)

Tan pronto sea informado por las partes o en su caso por el mediador de que han firmado un compromiso de mediación, el juez suspenderá el procedimiento.

El juez seguirá siendo competente, sin embargo, para adoptar todas las medidas requeridas por el orden público y el derecho imperativo, especialmente en materia de protección de niños menores.

A petición de cualquiera de las partes, se retomará el procedimiento, en caso de fracaso o éxito de la mediación. Se procederá en conformidad con el artículo 116.

Art.71H Resultado de la mediación (nuevo)

Cuando las partes acuerden apartarse de la vía litigiosa, los autos serán borrados del registro.

Cuando las partes soliciten la homologación de su convenio, deberá procederse en conformidad con los artículos 71I y 71J.

Art.71I Homologación (nuevo)

El juez homologará el convenio de las partes si éstas así lo solicitaran. No podrá modificarse el contenido del convenio, que respetará el orden público y el derecho imperativo.

En caso de conformidad total, el juez lo homologará mediante sentencia.

En caso de acuerdo parcial, se proseguirá el procedimiento respecto de los puntos litigiosos y el juez homologará el convenio parcial.

Art.71J Denegación de homologación (nuevo)

Si el convenio es en todo o en parte contrario al orden público o al derecho imperativo, el juez dictará una resolución que dará a las partes la facultad de modificarlo, precisando los puntos susceptibles de no ser homologados, concediéndoles para ello un plazo que, en general, no excederá de treinta días. Informará, además, al mediador de la posible denegación de homologación.

Si las partes no cumplen la resolución o si el nuevo convenio no cumple tampoco con los requisitos del apartado 1, el juez ordenará que siga el

procedimiento, para conclusiones y alegaciones, y dictará sentencia. Procederá a continuación, conforme al artículo 116, apartado 3.

Art.2 Modificaciones de otras leyes

La ley sobre organización judicial de 22 de noviembre de 1941 (E2 05) queda modificada como sigue:

Art.9, apartado 4 (nuevo)

Los jueces de paz homologarán los convenios de mediación respecto de materias de su competencia y que les sean presentados por las partes conforme a las disposiciones del Título III A de la ley de enjuiciamiento civil de 10 de abril de 1987.

Título IX

Mediadores (nueva redacción)

Capítulo I

Mediadores penales (nueva redacción)

Capítulo II

Mediadores civiles (nueva redacción)

Art.161 Mediador civil (nuevo)

Los tribunales civiles podrán proponer a las partes recurrir a un mediador civil (en adelante, mediador) o a una institución de mediación con el fin de que puedan –con la participación de éste- buscar una solución libremente negociada y elaborada por ellos.

Los mediadores e instituciones de mediación serán autorizados por el Consejo de Estado.

Para ser mediador se requiere:

- a) tener al menos 30 años de edad;
- b) ser titular de un diploma universitario o acreditar una formación que se considere adecuada;
- c) disponer de una experiencia profesional importante;
- d) poseer una experiencia o conocimiento suficientes en el ámbito concernido;
- e) disponer de calificaciones y aptitudes suficientes en materia de mediación;
- f) no tener antecedentes penales por infracciones dolosas contra el honor.

Para inscribirse en las listas oficiales, las instituciones de mediación deberán presentar;

- A) sus estatutos;

- B) su reglamento;
- C) sus reglas de deontología;
- D) la lista de sus miembros mediadores, que deberán cumplir en todo momento los requisitos establecidos en el apartado 3.

Art.161B Lista oficial (nuevo)

El Consejo de Estado elaborará y mantendrá actualizado un registro de mediadores e instituciones de mediación, haciendo referencia, en su caso, a su particular calificación o a su ámbito de especialización.

Art.161C Juramento (nuevo)

Antes de entrar en función, el mediador civil presta, ante el Consejo de Estado, el juramento siguiente: «Juro o prometo solemnemente: ejercer la mediación respetando las leyes, con honor, competencia y humanidad, preservar la independencia inherente a la mediación, no ejercer ninguna presión sobre las personas en litigios pendientes para obtener su adhesión a un acuerdo que no hubiera sido libremente negociado, velar **porque** las personas enfrentadas en litigio concluyan un acuerdo libre y reflexionado, **no** intervenir más de ninguna manera en el procedimiento una vez terminada la mediación, **preservar** el carácter secreto de la mediación.»

Art.161D Independencia, imparcialidad y neutralidad (nuevo)

El mediador civil ejercerá sus funciones con toda independencia, neutralidad e imparcialidad, sin ejercer sobre las personas en litigio alguna forma de presión destinada a obtener su adhesión a un acuerdo que no hubiera sido libremente consentido.

Debe inhibirse desde que concurra alguna de las causas previstas en los artículos 84 a 91, a menos que todas las partes, debidamente informadas, consientan expresamente en que la mediación tenga lugar.

Art.161.E Confidencialidad (nuevo)

El mediador civil tiene la obligación de guardar secreto sobre los hechos de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio de la mediación y sobre las operaciones que haya realizado o en las que haya participado o intervenido; esta obligación subsistirá incluso cuando deje de ejercer la actividad de mediador.

Cualquiera sea el resultado de la mediación, ninguna de las partes podrá prevalecerse, en la continuación del proceso, de lo que fue declarado ante el mediador civil.

Art.161F Declaraciones como testigo y expediente (nuevo)

El mediador civil no puede ser oído a ningún título, sobre los hechos de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio de la mediación o sobre las operaciones que haya realizado o intervenido.

Los tribunales no están autorizados a ordenar que se les traiga a la vista el expediente del mediador civil.

Capítulo III. Disposiciones comunes (nuevo)

Art.161G Comisión de opinión previa (nuevo)

El Consejo de Estado instaurará una comisión compuesta de siete miembros: un representante del departamento encargado de justicia, dos magistrados o antiguos magistrados del poder judicial designados por la comisión de gestión del poder judicial y cuatro otros miembros mediadores designados por el Consejo de Estado.

La comisión es nombrada por un período de cuatro años.

La comisión será competente para dar una opinión previa al Consejo de Estado sobre:

- la inscripción, actualización y radiación de los mediadores y de las instituciones de mediación en el registro;
- la conformidad de las reglas de deontología de las instituciones con aquellas enunciadas en los artículos 158 a 160 y 161C a 161E;
- Una eventual sanción disciplinaria.

Ante una petición de inscripción, la comisión examinará si el mediador o la institución cumple con las condiciones enumeradas en los artículos 156 a 161 A.

Si es necesario, dará audiencia al mediador o a un miembro del comité de la institución de mediación.

La recusación de los miembros de la comisión está regida por las disposiciones de la ley sobre procedimiento administrativo de 12 de septiembre de 1985, relativa a la recusación de los miembros de autoridades administrativas.

La comisión fijará sus propias reglas de organización, sin perjuicio de las disposiciones del reglamento referido en el artículo 161K.

Art.161H Sanciones disciplinarias (nuevo)

En caso de infracción a las disposiciones del presente título o a las reglas de deontología que les son aplicables, los mediadores pueden ser objeto

de una sanción disciplinaria impuesta por el Consejo de Estado previo informe de la comisión.

Según la gravedad de los casos, las sanciones aplicables son las siguientes:

- Advertencia;
- Amonestación;
- Multa de hasta 10.000 francos suizos;
- radiación provisoria durante un año o más;
- radiación definitiva;

Art.161I Baja (nuevo)

Además de las bajas disciplinarias previstas en el artículo 161H, apartado 2, letras d) y e), serán también excluidos de la lista oficial los mediadores e instituciones de mediación que dejen de cumplir los requisitos establecidos en los artículos 156, 158 a 160, 161^o y 161C a 161E.

Art.161J Prescripción (nuevo)

La prescripción del procedimiento administrativo disciplinario y la sanción es de cinco años.

Art.161K Reglamento de ejecución (nuevo)

El Consejo de Estado dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para la ejecución del presente Título.

ANEXO VI VOLUNTARY DISPUTE RESOLUTION POLICY US

<http://www.usdoj.gov/crt/adr/broch.html>

Voluntary Civil Dispute Resolution Policy

**Civil Rights Division United States Department of Justice
Issued March 1999**

Elements of Voluntary Civil Dispute Resolution

There are four principal issues to be covered in this brochure:

- CRT Voluntary Civil Dispute Resolution Policy and ADR Criteria
- Authority for use of ADR
- CRT use of mediation
- How does ADR work
 - Requesting ADR
 - Selecting a neutral
 - Who pays for the cost
 - oElements of a mediation agreement

CRT Voluntary Civil Dispute Resolution Policy and ADR Criteria

The long-standing policy of the Civil Rights Division to seek a voluntary resolution of our cases and investigations has served us well and will continue to do so. While there are settlement variations among our Sections that are defined by statute and administrative procedures, as a general rule the Division seeks to resolve cases and matters through party-to-party negotiations. The timing of such negotiations is also influenced in large measure by Executive Order 12988 and the Division's ability to gather relevant information, thereby placing significant responsibility on Division personnel to determine when voluntary negotiations should begin. Operating in concert with this long-standing settlement policy of the Division is the narrower concept of alternative dispute resolution (ADR). Over the last several years ADR has emerged within both the Department of Justice and the federal district courts as an important and effective settlement tool.

The Division provides this pamphlet to disseminate information regarding Division policy with respect to ADR, a process that involves the use of third-party neutrals to resolve disputes. As each federal district court begins to implement the requirements of the recently-enacted Alternative Dispute

Resolution Act of 1998, requiring each federal district court to adopt local rules regarding the use of ADR, information regarding Division policy in this area can serve to enhance the willingness of parties to explore the use of this settlement vehicle with Division personnel. While the Division will continue to emphasize traditional party-to-party negotiations for resolving our disputes, successful application of ADR should complement our efforts to achieve statutory objectives with a minimal use of resources.

What is the Settlement Policy of the Civil Rights Division?

The Civil Rights Division resolves most of its civil matters on a voluntary basis through the use of bilateral negotiations, e.g., party-to-party settlement discussions. Nothing contained herein is intended to diminish our reliance on this successful method of case and matter resolution. What is outlined in this brochure is an additional tool the Division will utilize to seek an amicable resolution of cases and matters when bilateral negotiations have been unsuccessful.

What is the ADR Policy of the Civil Rights Division?

The Attorney General has committed the Department of Justice civil litigating Divisions to make greater use of alternative dispute resolution. Consistent with this commitment, the Civil Rights Division will explore alternative dispute resolution in all appropriate cases. As with any settlement technique, the Civil Rights Division places initial responsibility with our line level representatives to evaluate alternative dispute resolution on a case-by-case basis. Civil Rights Division criteria for ADR case selection are published at 61 Fed. Reg. 36,906-36,908 (1996).

Factors evaluated by the Division when considering the use of ADR include:

- The parties and their relationships
- Nature of the case
- Timing
- Public sanction necessary
- Imbalance of power or ability
- Judicial decision required
- Selection process for ADR neutral

- Successful summary judgment certain to resolve case conclusively
- Case very likely to settle through unassisted negotiations in near future

What Forms of ADR are Used by the Civil Rights Division?

Most of the Civil Rights Division's experience with alternative dispute resolution has been with mediation. In such a proceeding the discussions among the parties are confidential and non-binding.

Normally, the mediator assists the parties in reaching a resolution. The success or failure of a mediation often rests on the skill of the mediator. In a constructive mediation the parties are focused on the areas of consensus, the emotional component of the negotiation has been defused, each party has a chance to give its version of events, and each party has the opportunity to hear the other side's case, unfiltered by its own counsel.

Unless controlled by local federal court rules, the parties jointly select and retain a mediator, determine the process that will be followed in the mediation and set the time frame within which agreement should be reached. In mediation, the mediator focuses not only on the rights of the parties, but also the interests of the parties and what each party believes it needs in order to agree to a resolution of the dispute. The ultimate objective of a well conducted mediation is to allow each party to recognize that its interests and goals can be achieved through a voluntary resolution and to reach that resolution.

How Does the Division Handle a Request for ADR?

A request to discuss alternative dispute resolution should be made of the Division representative with first line responsibility for the case or matter. The request will be reviewed pursuant to the Civil Rights Division's ADR Case Screening Factors, set out at 61 Fed. Reg. 36,906-36,908 (1996). There is no hard-and-fast rule that determines when a case is appropriate for ADR, but generally an ADR evaluation could occur in any case or matter that is at a juncture where the Division is prepared to discuss a voluntary resolution.

How is an ADR Neutral Selected?

The selection of the neutral is considered one of the most critical steps in the ADR process. The neutral is selected by agreement among the parties. Sources for identifying or locating a list of neutrals are: the Senior Counsel for ADR at the Department of Justice (202-616-9471), a local bar association, a court-annexed ADR program, and professional ADR organizations.

Who Pays for the Neutral?

In some areas court-appointed neutrals are available free of charge, but in most cases a mediator will require payment. In some cases, there may be costs for travel and for experts or consultants. The Civil Rights Division typically splits evenly the costs involved in the mediation. While mediation costs vary widely depending on the nature and complexity of the case, many mediations result in savings to the parties when these costs are measured against the expenses of litigation. Because costs are always of critical importance to the parties, the mediation agreement (see below) should be used as a vehicle to set out the extent of the costs the parties will commit to the mediation effort.

What is Typically Embodied in the Mediation Agreement?

The nature of ADR and the commitment the parties make to the effort may require a written mediation agreement. The mediation agreement is designed to set out the responsibilities and expectations of the parties with regard to the mediation process. However, the mediation agreement is a separate and distinct document from the final agreement of the parties. Typically a written mediation agreement will contain provisions that address the following matters:

- Process is voluntary and may be terminated at any time
- Mediator has no authority to decide the case or matter
- Process and all its components are confidential
- The chronology of the mediation, e.g., mediator reviews written submissions, meets with all parties and counsel present, meets with each side individually, etc.
- A description of the settlement authority that each representative brings to each mediation session
- The dates the mediation is to begin and end
- The rate of pay of the mediator and how the cost will be shared among the parties
- An agreement that no party shall be bound by anything said or done at the mediation unless a settlement is reached, reduced to writing, and signed by all parties and counsel

What are Department of Justice Sources of Information Regarding ADR?

Questions or inquiries about ADR should be directed to the Division representative who is responsible for the case or matter. An additional source

of information regarding ADR and who is available for questions is the Office of the Senior Counsel for Alternative Dispute Resolution, United States Department of Justice, Room 5240 Main, Washington, DC, 20530 (202-616-9471). The Office of the Senior Counsel for Alternative Dispute Resolution is a Department wide office that was established by the Attorney General to encourage greater use of dispute resolution throughout the Department of Justice and all its offices, boards and divisions. General inquiries regarding ADR may also be directed to the Office of the Assistant Attorney General, Civil Rights Division, (202-514-2151). More information about the Civil Rights Division and ADR may be accessed on the internet at www.usdoj.gov.

What is the Authority for the Use of ADR?

There are a variety of federal orders, statutes, regulations and guides that reference ADR and its use by the Department of Justice. While not all are applicable in all situations, examples of such reference materials are:

- [Attorney General Order \(April 6, 1995\)](#)
- [Executive Order 12988, 61 Fed. Reg. 4729 \(1996\)](#)
- [Notice of Policy on the Use of Alternative Dispute Resolution, and Case Identification Criteria for Alternative Dispute Resolution, 61 Fed. Reg. 36,895 \(1996\)](#)
- [Administrative Dispute Resolution Act of 1996, 5 U.S.C.A. 571 et seq.](#)
- [ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges and lawyers \(Federal Judicial Center 1996\)](#)
- [Mediation and Conference Programs in the Federal Courts Of Appeals, a sourcebook for judges and lawyers \(Federal Judicial Center 1997\)](#)
- [Alternative Dispute Resolution Act of 1998, Pub. L. No. 105-315, 112 Stat. 2993 \(to be codified at 28 U.S.C. 651-658\)](#)

No Private Right of Action Created

Nothing in this brochure or any other documents of the Department of Justice shall be construed to create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity, by a party against the United States, its agencies, its officers, or any other person.

Note: For persons with disabilities, this document will be available in large print, audio tape, computer disc, and braille.

