



Séptimo Dictamen, de 3 de julio de 2019, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre los principios éticos aplicables al proceso de mediación.

Ponente: Rosa María MAGGI DUCOMMUN.

Introducción.

1. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, República Argentina, en sesión de 13 de marzo de 2019, acordó solicitar a la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ) un pronunciamiento acerca de los siguientes tópicos: ***“¿cuáles serían los requerimientos éticos aplicables a los procesos de mediación? y, en su caso, ¿cómo se garantizarían dichos requerimientos (en especial, teniendo en cuenta las diversas variables típicas de los procesos de mediación)?”***
2. Tales interrogantes se formulan en el contexto propio de la Provincia de La Pampa, donde se implementó, mediante la Ley 2699 sobre Mediación Integral, el servicio de Mediación Judicial con carácter obligatorio, estableciendo que el Superior Tribunal de Justicia será su autoridad de aplicación y disponiendo se dictara la reglamentación pertinente conforme al artículo 38 de la misma ley, encontrándose ya aprobada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, mediante Acuerdo 3277, la reglamentación de la Mediación Judicial Obligatoria de que trata el Título IV de la mencionada Ley 2699.
3. La consulta se relaciona con cuestiones éticas concernientes al mediador y su trabajo, aspectos que presentarían escaso desarrollo frente a los abundantes desafíos que muestra el proceso, principalmente cuando se trata de intervenciones orales y en marco de confidencialidad, donde el umbral contralor sería relativamente menor. Se pregunta específicamente acerca de cuáles son los requerimientos éticos dentro del proceso de mediación y cómo garantizar una práctica ética cuando se relacionan diversas variables,

entregando ejemplos problemáticos tales como los vinculados al marco confidencial, abogados que contemporáneamente son mediadores, honorarios que dependen del monto del acuerdo en que trabaja el mediador, autodeterminación de las partes, posibilidad de direccionamiento subjetivo, legalidad con autorizada informalidad, celeridad y adaptabilidad a las diversas idiosincrasias y personas, etc.

4. Destaca el Superior Tribunal de Justicia que por Acuerdo 3408, de 9 de marzo de 2016, adhirió a los Principios de Ética Judicial declarados en la Parte I del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, los cuales sirven de guía para la orientación y tópico al que puede apelar el juzgador para el cumplimiento de sus exigencias, por lo que dada la importante contribución que los mediadores efectúan al servicio de justicia, su creciente participación y la ausencia de un cuerpo de reglas específicas vinculadas a la ética en los procesos de mediación, ha resuelto dirigir su consulta a esta Comisión de Ética Judicial, en el marco de lo establecido en el artículo 83 del aludido Código Modelo.

Análisis del tema objeto de consulta.

5. La garantía de acceso a la justicia -concebida como un derecho fundamental que impone al Estado poner a disposición de los ciudadanos mecanismos adecuados para la resolución de las controversias que obstaculicen el pleno ejercicio de sus derechos- supone que la administración de justicia otorgue una respuesta oportuna que tenga como punto de partida la naturaleza misma del conflicto y permita darle una solución efectiva, de manera total y definitiva. Difícilmente puede alcanzarse este objetivo con éxito sin contemplar – al menos en el ámbito de los derechos e intereses disponibles- un sistema que privilegie métodos adecuados de solución de los conflictos.
6. En este contexto, es relevante la sensibilización de los funcionarios y de la ciudadanía en general acerca de la naturaleza de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC) como una forma complementaria que garantiza la tutela judicial mediante la aplicación de principios que brinden equidad, imparcialidad, neutralidad y eficacia, además de efectivizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos. Sin perjuicio de la regulación existente, orientada a definir las actuaciones de los mediadores, sus facultades y obligaciones, es necesario fortalecer la ética del mediador de forma constante

y persistente para incentivar la conducta social y el correcto desempeño profesional.

7. Como garantía ciudadana, el acceso a la justicia se debe entender integralmente, en todos sus aspectos, por lo que resulta de la mayor importancia ofrecer una amplia gama de alternativas por parte de los órganos estatales. Ahora bien, existiendo razones valederas que las partes puedan tener en consideración para recurrir a métodos alternativos al proceso, sea fundadas en la naturaleza del conflicto o en sus características subjetivas, conviene dejar en claro que no parece aceptable que los ciudadanos deban recurrir a ellos como única opción viable, ante el fracaso de la administración de la justicia. En otros términos, la importancia y relevancia del mecanismo alternativo de resolución no puede provenir del déficit de provisión de justicia por el sistema público. Y es que un rasgo esencial e inconfundible de estos mecanismos alternativos es su voluntariedad, esto es, que sean las partes a las que incumbe el conflicto las que acudan libre y voluntariamente a ellos, desde que se cimentan en la autonomía de la voluntad.
8. Como se ha señalado, las interrogantes y los ejemplos proporcionados por el Superior Tribunal de Justicia se originan en el contexto local de la Provincia de La Pampa, Argentina que ha implementado un régimen de mediación, previo y obligatorio, que es desempeñado por abogados.
9. Lo expuesto determina sustancialmente el ámbito en que debe enmarcarse la respuesta que se pueda entregar y, a partir de sus rasgos elementales, da cuenta de la necesidad de un análisis más profundo y extenso encaminado a establecer los aspectos deontológicos de la mediación, reconociéndola como una actividad que posee una función propia, diferenciable otros mecanismos de solución de conflictos.
10. Luego, antes de contestar los requerimientos del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa parece útil esbozar una definición conceptual de la mediación que sirva de marco teórico para orientar el tema, y luego definir los parámetros que la distinguen de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC).

La mediación. Definición conceptual.

11. El tema en cuestión, la mediación, y su estrecha relación con la conciliación, viene adquiriendo una especial importancia y protagonismo en los recientes años, como respuesta a las problemáticas de la jurisdicción. Muchas veces esta última subestima la capacidad de composición que pueden tener las partes, y las somete indiscriminadamente a sus lineamientos, como si no existiesen otras formas institucionales de hacer justicia.
12. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo, cuyo objetivo es “*facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial*”¹, en su artículo 3^a) define la mediación extrajudicial en los siguientes términos:

Art. 3. «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”

13. A pesar de que el juez que conoce de un procedimiento judicial no puede actuar de mediador, en los términos regulados por la Directiva europea, este compromete al juez para que tenga la iniciativa en poner en marcha una mediación extrajudicial. Por tanto, se establece un compromiso del juez con la mediación en los términos que resultan del Art. 5.1 sobre la promoción por el juez de la mediación:

Art. 5.1. “El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”.

¹ DOUE n° L 136, de 24 de mayo de 2008, p.3.

14. Del mismo modo, en la Directiva europea se hace referencia a un principio jurídico que también se traduce para los mediadores en un deber ético de sigilo y confidencialidad, tal como resulta del Art. 7:

Art. 7. *“Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:*

- a) *cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o*
- b) *cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo”.*

Una distinción necesaria: mediación y conciliación

15. En primer lugar hay que señalar que *“la distinción entre conciliación y mediación no es evidente: ambas figuras se confunden en distintas legislaciones y doctrina: en los distintos países e incluso en el mismo país, para diversos ámbitos jurídicos, la institución de la mediación y la conciliación no se distinguen claramente, y a veces se intercambian sus nombres”².*

16. Existen, sin embargo, diferencias conceptuales entre conciliación y mediación. La primera admite dos acepciones: una amplia, que la concibe como todo acuerdo o avenimiento entre dos o más personas que sostienen posturas distintas, al que se puede arribar por vía judicial o extrajudicial, y otra técnica o procesal, que la define como el resultado de un proceso judicial en curso que termina precisamente por esta vía anormal cuando la ley así lo permite, con o sin la aprobación del juez que conoce del juicio.

17. Distinto es el caso de la mediación, que no requiere de la intervención del juez ni de la existencia de un litigio, como tampoco de la homologación judicial del acuerdo, a menos que verse sobre intereses no disponibles para

² Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *“Manual de Mediación Civil”*, Santiago de Chile (2017), p. 47.

las partes, presentando como elemento específico la intervención de un tercero que intermedia en el conflicto.

18. Un importante elemento marca la diferencia entre ambos mecanismos, pues mientras al conciliador se le permite una intervención mayor para facilitar el acuerdo, incluso con posibilidad de presentar bases de arreglo, la función del mediador consiste en auxiliar y acercar a las partes para que éstas logren de manera autónoma la solución del conflicto, sin intervenir de ningún modo en el acuerdo que adopten.

19. Para mayor claridad, estos mecanismos pueden ser definidos como sigue:

“La conciliación es un proceso en el que un tercero interviene en un conflicto para realizar una justa composición del mismo. Este trabajo puede ser realizado de forma extrajudicial o puede ser realizado intrajudicialmente. La mayoría de los códigos procesales civiles de países de tradición continental la regulan como una facultad del juez o magistrado asignado al caso. El propósito de la conciliación es tratar de resolver el caso antes de la audiencia o juicio”³.

“La mediación es un proceso privado, donde una tercera persona neutral llamada mediador, sin autoridad para imponer una solución, ayuda a las partes en conflicto promoviendo el diálogo, para que alcancen por sí mismas una solución válida para todos los implicados. Las partes tienen la oportunidad de describir los problemas y discutir sus intereses, emociones y posibles soluciones.

En algunos países los tribunales pueden ordenar que ciertos casos se deriven a mediación, o invitar a las partes a que intenten la mediación, en todo caso el proceso sigue siendo voluntario dado que no se requiere a las partes a llegar a un acuerdo”⁴.

20. No se extenderá este análisis a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos que presentan una clara diferenciación conceptual y no pueden generar confusiones, tales como el arbitraje, en que las partes en conflicto acuerdan someter la controversia al conocimiento de uno o más árbitros encargados de decidirla conforme a derecho o equidad; la facilitación,

³ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, “Manual de Mediación Civil”, Santiago de Chile (2017), p. 41.

⁴ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, “Manual de Mediación Civil”, Santiago de Chile (2017), p. 42.

proceso en que un experto asesora a un grupo de personas en el análisis y discusión de temas que el mismo grupo debe resolver, o la negociación, en que son las propias partes contendientes quienes a través del diálogo llegan a un acuerdo que satisfaga sus respectivos intereses.

Marco jurídico aplicable a la mediación.

21. Como se ha adelantado, la mediación se traduce en una negociación asistida cuyo propósito es alcanzar que las partes interesadas resuelvan un conflicto en términos mutuamente aceptables, con la intervención de un tercero neutral que las asiste durante el proceso de acuerdo.
22. Los beneficios que proporciona la mediación, al generar entre los contendientes una relación de confianza en el marco de un proceso flexible que les permite alcanzar acuerdos, explican el notable desarrollo que ha experimentado en los últimos años, llegando algunas legislaciones a imponerla como trámite previo obligatorio para acceder al proceso. Así sucede, por ejemplo, en Chile en el ámbito de los asuntos de familia y de salud.⁵
23. Sin embargo, el auge de la mediación se observa especialmente en conflictos de orden patrimonial, en que se ventilan asuntos enteramente disponibles para las partes. En el derecho comparado es particularmente notoria esta tendencia en cuanto se ha incorporado la mediación comercial en las legislaciones internas, lo que se observa en el ámbito latinoamericano, a modo ejemplar, en Colombia, Perú, Ecuador, México, Argentina, en ciertos casos incluso como requisito previo de acceso a la jurisdicción. También algunos países europeos, tales como Italia, Alemania e Inglaterra, han optado por incorporar un sistema de mediación o de conciliación previa obligatoria de asuntos civiles y comerciales. España no la considera de manera forzosa, pero asigna igualmente a la mediación mercantil un importante papel como mecanismo de resolución de conflictos comerciales.

“En este sentido, los caminos elegidos en el ámbito comparado van desde la mediación enteramente voluntaria (sistema español) hasta la obligatoria previa para todos los asuntos de carácter patrimonial (sistema argentino),

⁵ Artículos 106 de la Ley N° 19.698 y 43 y ss. de la Ley N° 19.966).

*pasando por estadios intermedios en donde el juez está facultado para someter a las partes a dicho procedimiento, antes o durante el juicio, de oficio o a petición fundada de alguna de ellas (sistema anglosajón del court annexed mediation), con sanciones pecuniarias que apuntan a desincentivar la falta de colaboración leal durante el procedimiento (exoneración de costas a la contraparte, imposición del pago de los gastos de la mediación, honorarios, etc.)”.*⁶

24. Los distintos caminos elegidos en esta materia -mediación obligatoria a cargo de un mediador profesional, en el caso de Argentina y mediación voluntaria a cargo de un juez, en el caso de España- hacen propicia una breve referencia a la ley española.

La mediación en España

25. En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), al regular el proceso ordinario civil español, dispone que una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, las partes deben ser convocadas a una audiencia que tiene asignadas tres funciones fundamentales en las que el juez asume un rol activo: promover una conciliación entre las partes, depurar el proceso de defectos u obstáculos de carácter procesal y delimitar el objeto del juicio. La función de conciliación que es la que interesa para los fines de este estudio, apunta sin duda a fomentar la búsqueda de soluciones autocompositivas y para favorecer esta posibilidad, salvo que el objeto del proceso sea indisponible, establece el trámite en carácter obligatorio y requiere que las partes asistan a la audiencia, preparadas para cualquier eventualidad, exigiendo que concurra al menos el demandante o a través de procurador con poder bastante para esa finalidad.⁷
26. Al entregar la ley al juez la facultad de instar a las partes a arribar a una conciliación, han surgido ciertas dudas acerca de la forma en que debe ejercerse esta función sin afectar principios de ética judicial, especialmente la

⁶ Eduardo Jequier Lehedé, La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación, Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.1 Valdivia jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100005>

⁷ Juan Damián Moreno, Estructura y principios del proceso ordinario en la ley española de enjuiciamiento civil, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia N° 2, Marzo-Abril 2000.

imparcialidad, intentando definir si el juez debe asumir un papel más o menos activo en la negociación o bien mantener un rol distante, como mero espectador. Para dilucidar estas interrogantes y definir la mejor manera en que debe ejercerse la función conciliadora que la ley entrega al juez se consultó el parecer de la Comisión de Ética Judicial, la que mediante Dictamen (Consulta 11/ 2018), de 23 de enero de 2019, analiza la cuestión planteada a la luz del principio de imparcialidad que rige la ética judicial como presupuesto esencial del juicio justo y un deber ético de primer orden para el juez, dictamen que arroja importantes luces acerca del marco ético de la mediación.

27. En su análisis el dictamen manifiesta que el principio de imparcialidad *“no se ve en todo caso afectado de forma negativa por el hecho que el juez, conforme a las normas que rigen el proceso, inste o invite a las partes a que lleguen a un acuerdo”*, pero luego precisa que esta invitación o exhortación *“no puede, en ningún caso, convertirse en una imposición directa o indirecta, y el juez ha de esforzarse para evitar que alguna de las partes pueda percibirlo como una coacción”*.
28. Más adelante advierte: *“La imparcialidad impide que el juez tome parte en las negociaciones que las partes pueden llevar a cabo con la finalidad de obtener un acuerdo, puesto que fácilmente implicará una toma de postura”....“Si el juez toma parte en la negociación de las partes, corre riesgo de que su imparcialidad se vea afectada. El juez no es un mediador y no puede actuar como tal, en cuanto que no es un tercero imparcial sin poder de decisión, sino que, por el contrario, es quien debe decidir en caso de falta de acuerdo entre las partes”*.⁸
29. Así se diferencia entre *“la mediación, en la que las partes en conflicto se reúnen con un tercero imparcial, quien facilita la comunicación entre ellas para ayudar a encontrar una solución, sin formular una propuesta de arreglo; la conciliación, en la que el tercero imparcial facilita la comunicación de las partes del conflicto, llegando a proponer una solución; y el arbitraje,*

⁸ Dictamen (Consulta 11/2018), de 23 de enero de 2019. Principio de imparcialidad. Ejercicio de las facultades del Juez en la mediación judicial <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Comision-de-Etica-Judicial/Dictamenes/Dictamen--Consulta-11-2018---de-23-de-enero-de-2019--Principio-de-imparcialidad--Ejercicio-de-las-facultades-del-Juez-en-la-mediacion-judicial>

modalidad en la que el tercero imparcial, que no forma parte del sistema de justicia pública y que es nombrado o aceptado por las partes, resuelve el conflicto mediante una decisión vinculante”.⁹

El régimen de mediación en la Provincia de La Pampa, Argentina.

A.-Sistema de Justicia Federal y Provincial

30. Previo a describir el régimen de mediación en la provincia de La Pampa, se debe tener en consideración que el sistema judicial de la República Argentina es tributario de la estructura política de esa nación.
31. El régimen federal adoptado da lugar a la existencia de un doble orden judicial, constituido por el Poder Judicial de la Nación y los Poderes Judiciales de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, existe una distribución de competencias entre los tribunales federales (de la Nación) y los ordinarios (de las provincias), que determina la actuación de unos u otros.
32. El Artículo 121 de la Constitución de la República Argentina establece que: *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.*
33. Como dice el jurista y juez, Mariano Borinsky, *“Uno de esos poderes delegados por las provincias al Gobierno Federal es el judicial, siempre que la cuestión en pugna verse sobre una materia relacionada a la defensa de intereses públicos de carácter general que custodia el poder central”.*¹⁰
34. Esas materias de competencia federal se encuentran asignadas expresamente por normas constitucionales y por leyes dictadas por el Congreso de la Nación. El Artículo 116 de la Constitución y la Ley 48 determinan los asuntos cuyo conocimiento corresponde a la justicia federal.

⁹ Cumbre Judicial Iberoamericana, “Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, Brasilia de Brasil (2008), p.45.

¹⁰ Borinsky, Mariano: “La Justicia Federal Argentina: organización y funcionamiento”.
<https://www.infobae.com/opinion/2016/08/09/la-justicia-federal-argentina-organizacion-y-funcionamiento/>

35. A nivel federal, se dictó con fecha 15 de abril de 2010 la Ley 26.589, de mediación y conciliación, que establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial sujeto a las disposiciones de dicha ley. Este proceso de mediación rige respecto del sistema de justicia federal, más no provincial.
36. Ahora bien, en virtud de su autonomía cada provincia ha adoptado distintas soluciones acerca de la mediación¹¹, una de las cuales es la que se aborda en el acápite siguiente, relativo a la provincia de La Pampa.

B.- Regulación provincial

37. La mediación en la provincia de La Pampa, Argentina, se encuentra reglamentada en la Ley 2699 y rige para toda la provincia desde el 1° de noviembre de 2015.¹²
38. El art. 2° de dicha ley define la mediación como un “*método de resolución alternativa de conflictos dirigido por uno o más mediadores con título habilitante, quien/es promoverá/n la comunicación directa entre las partes*” y la clasifica en (i) voluntaria extrajudicial, (ii) voluntaria escolar y (iii) obligatoria judicial.
39. La ley también explicita determinados principios del proceso de mediación - entendidos como garantías que deben ser informados a las partes-, los cuales son:
- a) Neutralidad; b) Igualdad; c) Imparcialidad; d) Oralidad; e) Confidencialidad de las actuaciones; f) Comunicación directa entre las partes; g) Celeridad; h) Economía; i) Satisfactoria composición de los intereses.
40. Dado su carácter integral como método autocompositivo, la mediación es prevista para todos los conflictos, excepto exclusiones expresamente establecidas en la ley. El sistema se estructura sobre la base de Centros Públicos de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos (CPMRAC) que, entre otras funciones, otorga matrícula y lleva el registro de los mediadores,

¹¹ Al efecto, ver <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=ar>

¹² La Ley 2806 prorrogó la implementación de del título IV de la ley N. 2699 de "Mediación Judicial Obligatoria" hasta el 31 de octubre de 2015, para la III y IV Circunscripción Judicial.

supervisa el funcionamiento de la instancia de mediación y recibe las denuncias por infracciones éticas al ejercicio de la misma, aplica tales normas y sanciones y controla su seguimiento, todo a través del Tribunal de Ética y Disciplina.

41. La mediación voluntaria extrajudicial es realizada ante el CPMRAC o en los centros privados de mediación extrajudicial habilitados. La mediación escolar voluntaria es organizada, coordinada e implementada por el Ministerio de Cultura y Educación, a cargo de, docentes, técnicos y/o profesionales habilitados inscritos en el Registro Público de Mediadores Escolares.
42. La mediación judicial obligatoria -que es aquella sobre la cual recae la consulta- es prevista como requisito de procesabilidad, salvo algunas exclusiones, y está reglamentada por el Superior Tribunal de Justicia a través del Centro Público de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos Judiciales (CPMRACJ).
43. El proceso requiere la asistencia letrada obligatoria so pena de nulidad de lo obrado, y en particular, que el acuerdo tiene fuerza ejecutiva. En cuanto a los requisitos del mediador, debe poseer título de abogado con antigüedad de tres años; haber cursado un curso introductorio; obtenido registración y matrícula provincial, estar inscrito en el CPMRACJ y acreditar periódicamente cursos de perfeccionamiento. Se regula detalladamente las causales de excusación y recusación, haciendo aplicables las previstas para los jueces por el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia de La Pampa, pudiendo también las partes recusar al mediador sin expresión de causa, por una sola vez.
44. Se establece que no podrá ser mediador quien haya tenido vinculación por asesoramiento o patrocinio con cualquiera de las partes durante el lapso de un año anterior a su inicio, ni tampoco durante el plazo de un año desde que haya cesado su intervención, prohibición esta última que se eleva a la calidad de absoluta respecto de la causa en que haya intervenido como mediador.

La Ley de Mediación de la Provincia de La Pampa. Marco ético.

45. Constituye una característica primordial de la función del mediador su neutralidad en el proceso. La propia ley que regula la mediación para la

provincia de La Pampa, Argentina, al enumerar los principios informan y las garantías que ofrece la mediación, se refiere expresamente a la neutralidad e imparcialidad del mediador, comportamiento que debe manifestarse durante el curso del proceso, asegurando a los contendientes igualdad de armas y oportunidades, y debe también estar presente al momento de la suscripción del convenio que en definitiva adopten las partes, en el que no debe tener interés personal ni financiero. La imparcialidad del mediador exige igualmente que éste no tenga conflicto de intereses o ninguna de las partes, lo que la ley cautela a través de las inhabilidades, implicancias y recusaciones que la ley hace aplicables a su respecto.

46. El principio de confidencialidad, que también menciona la ley, le impide divulgar la información y antecedentes que haya recibido de las partes o de terceros así como las propuestas de solución que hayan sido discutidas durante el proceso, cautelando de esta forma la confianza de las personas en el sistema.
47. Finalmente, el soporte y compromiso del Estado constituyen un apoyo indispensable en la implementación de un sistema eficiente de mediación de asuntos civiles y comerciales, que no puede quedar entregado a la sola iniciativa privada. En este sentido, la ley de mediación que rige la provincia de La Pampa, ofrece una estructura normativa que tiende a asegurar a las partes la posibilidad de mediar eficazmente sus conflictos en condiciones de igualdad, ante mediadores calificados, cuya idoneidad es certificada, contemplando también medidas de control orientadas a garantizar la eficiencia del sistema.
48. Al mismo propósito obedece la decisión del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa de adherir a los Principios de Ética Judicial declarados en la Parte I del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, los cuales sirven de guía para la orientación de la conducta del mediador.
49. Los principios jurídicos esbozados ilustran los numerosos requerimientos aplicables a los procesos de mediación, los cuales -en conjunto con los principios éticos- deben ser considerados a la hora de definir una línea de comportamiento que oriente la función del mediador.

Código Iberoamericano de Ética Judicial.- Principios aplicables a la Mediación.

50. La consulta formulada por el Superior Tribunal de La Pampa exige dilucidar cuáles serían los requerimientos éticos aplicables a los procesos de mediación y cómo garantizarlos, tema que debe ser analizado por esta Comisión a la luz de los principios consagrados en el Código Iberoamericano de Ética Judicial que resulten aplicables a la conducta del mediador, entre los cuales destacan los siguientes:

El principio de imparcialidad.

51. El mediador es independiente y neutral y no suele tener poder de decisión. Surge, entonces con claridad como principio ético fundamental que debe orientar la conducta del mediador: la imparcialidad, principio de que trata Capítulo III y, en particular, los artículos que se transcribe a continuación.

ART. 9º.- La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional.

ART. 10.- El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

ART. 11.- El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.

ART. 13.- El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial.

ART. 16.- El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso.

52. Dando aplicación a esta normativa y en respeto de este principio fundamental el mediador debe permanecer imparcial durante todo el proceso de mediación, brindando a las partes la posibilidad de participar en el proceso en igualdad de oportunidades, en las mismas condiciones, evitando cualquier conducta que pueda dar siquiera apariencia de parcialidad o favoritismo.

53. Como se ha reiterado, el rol del mediador debe circunscribirse a explorar los intereses de las partes, prevenirlos acerca de las situaciones que puedan afectar esos intereses, revelarles las fortalezas y debilidades de sus respectivos argumentos y ayudarlas a que adopten una decisión mutuamente aceptable, sin jamás forzarlas a llegar a un acuerdo por esta vía.
54. El mediador debe comprender que el servicio que presta tiene por objeto facilitar la comunicación entre las partes incluso, eventualmente, evaluando las verdaderas posibilidades de que exista una negociación entre ellas. En ese escenario, debe tener una disposición abierta, absolutamente impersonal, desinteresada y respetuosa, procurando encontrar las herramientas personales y profesionales para ablandar el espíritu conciliador de las partes, sin que esto afecte su voluntad.
55. El mediador debe creer en la capacidad de arreglo de las partes, con independencia de su capacidad conciliadora; comprender que su papel es principalmente servir de puente de comunicación entre los contendientes y, aunque puede hacer uso prudente de sus conocimientos y recursos dialécticos persuasivos para hacer las recomendaciones pertinentes con el fin de evitar un mayor conflicto, no debe imponer su criterio sobre el de las partes.
56. Acatando el principio de imparcialidad, el mediador debe evitar conflictos de interés e informar a las partes cualquier inhabilidad que lo afecte y pueda perjudicar su ecuanimidad. Del mismo modo, debe abstenerse de tener cualquier interés personal o económico en el convenio o transacción que ponga término al conflicto, cuidando de no fijar sus honorarios con base a un pacto de cuota Litis.
57. En este orden de ideas, parece inconveniente que los honorarios del mediador se fijen en consideración al monto de las pretensiones económicas de los litigantes, ni que se pacten comisiones de éxito, evitando que con ello pudiere desviarse el ánimo de aquél hacia la obtención de un beneficio propio.

El secreto profesional

58. La confidencialidad que exige el desempeño del mediador hace aplicables, además, las normas que sobre secreto profesional consigna el Capítulo X del Código Iberoamericano, en particular en los artículos siguientes:

ART. 61.- El secreto profesional tiene como fundamento salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones.

ART. 62.- Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos.

ART. 66.- El deber de reserva y secreto profesional que pesa sobre el juez se extiende no solo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado.

ART. 67.- El deber de reserva y secreto profesional corresponde tanto al procedimiento de las causas como a las decisiones adoptadas en las mismas.

59. En respeto del principio ético en examen, el mediador debe mantener la confidencialidad de toda información, documentación y cualquier antecedente que hubiere obtenido durante el proceso o con ocasión de su desempeño.

60. Lo expuesto implica que no puede revelar a terceros lo dicho durante el curso de la mediación, ni tampoco dar a conocer el contenido de las sesiones privadas sostenidas por el mediador con alguna de las partes en ausencia de la otra, salvo que cuente con autorización expresa para ello.

61. Es preciso resaltar la gran importancia que frente a la figura del mediador adquiere el principio ético de sigilo profesional, pues sólo así las partes podrán sentirse confiadas y en libertad de expresar toda suerte de argumentos de negociación y hasta aceptar hechos o circunstancias adversas a sus intereses, todo ello contando con la seguridad de que si llegase a fracasar la conciliación, nada de lo dicho tendrá valor ni podrá ser usado en su contra.

62. Este espacio de diálogo puede ser aprovechado por el mediador, bien para concientizar acerca de las cargas que implica el proceso (cargas sentimentales, temporales, físicas y económicas) como cualquier tipo de conflicto latente, y de esta forma exhortar a las partes a que ajusten sus prestaciones y hagan viable un acuerdo conciliatorio que a la postre sea más

provechoso para todos, teniendo en cuenta el panorama completo del proceso judicial, usualmente demorado, costoso y de resultado incierto.

63. Si el mediador obtuviera información privilegiada que le proporcionen las partes para comprender cabalmente su posición, debe reservarse de forma absoluta dicho conocimiento y no utilizarlo nunca para fin alguno. Tal información sólo podrá utilizarla para comprender a fondo el caso y para evaluar las posibilidades de conciliación que tienen las partes y la forma más equitativa y ecuánime de hacerlo.

Equidad y justicia

64. Además de la imparcialidad del mediador y su obligación de confidencialidad o secreto profesional, debe naturalmente desempeñar su función con equidad y justicia, respetando lo dispuesto en el artículo 39 del Código Iberoamericano, cuyo tenor es el siguiente:

ART. 39.- En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

65. Así, el respeto de la equidad impone al mediador la obligación de desempeñar su labor con esmero, observando durante todo el proceso un comportamiento equitativo y prudente, evitando cualquier conducta discriminatoria y procurando que las partes arriben libremente a una decisión voluntaria, de acuerdo a su propia determinación, estando debidamente informadas y sin coacción alguna.
66. Es preciso insistir en que el mediador, como facilitador del diálogo y no debe siquiera intentar favorecer a alguno de los contendientes, procurando siempre que éstos alcancen una solución que se ajuste al mejor interés de todos ellos.

Integridad y honestidad profesional

67. El correcto ejercicio de su función requiere también del mediador la observancia de un comportamiento que brinde seguridad a las partes, lo que implica el respeto de los principios de integridad y honestidad, como enseñan los artículos 54 y 79 del Código Iberoamericano de Ética Judicial:

ART. 54.- El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función.

ART. 79.- La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma.

68. Es preciso resaltar la importancia de desarrollar el trabajo con responsabilidad y honestidad, procurando que el acuerdo satisfaga los intereses y necesidades de las partes ya que la finalidad de la mediación no se reduce a lograr un acuerdo, sino a acercar a las partes e intentar conciliar sus diferencias, instándolas a continuar por sí mismas la gestión de sus conflictos en términos respetuosos y con mejor comunicación.

69. La responsabilidad que asume el mediador al intervenir en conflictos de terceros sobre los cuales no tiene poder de decisión, pero sí la influencia para colaborar a desarmar el problema y cooperar activamente en la construcción de una solución respetando siempre la autodeterminación de las partes, requiere rasgos de excelencia en sus cualidades personales como exigencia ética para el desempeño de la función mediadora.

Control ético de la mediación.

70. Una vez precisados los requerimientos éticos exigibles para el ejercicio de la función del mediador, surge la necesidad de estudiar mecanismos de supervisión y control que aseguren a las personas una atención digna, de parte de profesionales probos y debidamente capacitados. A esta finalidad apunta el establecimiento requisitos legales para el ejercicio de la profesión, la exigencia de capacitación y perfeccionamiento continuos e incluso la institución de tribunales de disciplina.

71. Sin embargo, el fortalecimiento de los valores éticos individuales, que naturalmente se proyectan y extienden a los grupos profesionales, resulta trascendental para garantizar la calidad del proceso y asegurar a las personas una mediación de calidad.

72. En este sentido, los controles que puede imponer la ley no son suficientes y la importancia de la ética del mediador se presenta como una herramienta indispensable para brindar a las personas un servicio de excelencia.

73. La normativa jurídica y el establecimiento de órganos de control no parecen suficientes para asegurar la conducta ética del mediador, lo que aconseja tener presente los principios contenidos en el Código Iberoamericano de Ética Judicial al que ha adherido el Tribunal Superior de Justicia de La Pampa, por constituir una herramienta eficaz para el desarrollo y perfeccionamiento de la actividad del mediador.
74. En palabras del destacado catedrático argentino Armando S Andruet, *“los mediadores si bien están siempre restringidos por los protocolos básicos de la profesión, los controles en torno a la dirección psicológica que el nombrado puede tener sobre los sujetos que participan de la mediación pueden ser elevados, frondosos e igualmente peligrosos y, con ello, causar una afectación incuestionable de uno de los principios del mismo proceso de mediación: la autodeterminación de las partes”*.... *“Los códigos éticos en cualquier ámbito profesional producen hacia dentro mejoras sustantivas en los mencionados recursos morales, y hacia fuera es la promoción por la generación de una evidente confianza pública en la institución de que se trate”*.¹³
75. El fortalecimiento de la ética de la profesión del mediador parece, entonces, el mejor camino para conseguir el propósito de bien común que se persigue.



¹³ Armando S Andruet. La ética profesional en la práctica de la mediación judicial. Comercio y Justicia.

<https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/la-etica-profesional-en-la-practica-de-la-mediacion-judicial/>