

La Mediación: Mecanismo Alternativo para la Solución de Controversias

La Ética y la Mediación

Por : Antonio M. Prida Peón del Valle¹
©2001 Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

1. Principios Éticos del Mediador²

Cualquier ejercicio profesional relacionado con la solución de controversias entre particulares debe ser realizado conforme a normas éticas y jurídicas basadas en principios morales, pero fundamentalmente con base en el concepto del honor y de la dignidad profesionales, así como en el sincero deseo de cooperar a la buena administración de la justicia³.

El tema de la ética del Mediador está íntimamente relacionado con el de los profesionistas que pueden realizar tal mediación. Sobre este particular la polémica, tanto nacional como internacional, se ha centrado en definir si profesionistas ajenos a la profesión de abogado pueden actuar como Mediadores. De la posición que se adopte al respecto tendrán aplicación las normas de ética particulares de cada profesión, en adición a las normas de ética particulares del Mediador. Relevancia particular tiene en esta definición el “secreto profesional” característico de la profesión de abogado, pero no común a todas las profesiones. Sin poder entrar ahora al análisis de esta polémica, nos declaramos favorables a la opinión de que el Mediador debe ser abogado de profesión para que pueda conocer los alcances jurídicos de la controversia surgida entre las partes, así como de las reglas que rigen el proceso de mediación y los alcances jurídicos del convenio de transacción que se logre para solucionar la controversia. Más aún, como se verá más adelante, el principio de Calidad del Proceso a que se refiere el artículo 6 del Código de Ética para Mediadores del Instituto Mexicano de la Mediación, exige que el Mediador tome en cuenta los “Principios Generales del Derecho” y que aplique los usos y costumbres “que no contravengan el orden público”, conceptos sólo conocidos a cabalidad precisamente por los profesionistas del Derecho. Mas aún, el propio Código de Ética de dicho Instituto remite al Código de Ética de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados para la determinación de honorarios. No obstante lo anterior, profesionistas de cualquier otra disciplina pueden tener intervención en el proceso de mediación en calidad de peritos, estando sujetos a sus respectivos códigos de ética profesional.

En cuanto a la figura del Mediador, la característica central del papel que desarrolla en el proceso de mediación es la que define los elementos éticos fundamentales de su actuación. En

¹ Socio fundador del despacho de abogados Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle S.C., Vicepresidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y miembro del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.

² Esta sección contiene ideas de David Richbell, contenidas en The CEDR Mediator Handbook.

³ Código de ética de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

efecto, la actuación del Mediador debe ser fundamentalmente **neutral**. Así, la primera obligación ética del Mediador es ser neutral respecto de las partes en conflicto y comportarse neutralmente en el proceso de mediación. Para ello debe lograr que las partes tengan confianza en él, tanto por lo que se refiere a su actuación neutral durante el proceso como en cuanto al manejo **confidencial** de la información y documentación que le sea revelada por las partes. Para ser neutral el Mediador requiere hacer caso omiso de la nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otro rasgo personal de las partes en conflicto. Asimismo, el Mediador debe carecer de todo lazo de parentesco, amistad o de negocios con las partes en conflicto.

La imparcialidad del Mediador abarca tanto el contenido de la controversia, como el proceso de mediación y el convenio de transacción que sea adoptado por las partes. Así, el Mediador requiere absoluta independencia respecto de cualquiera de los puntos controvertidos. En cuanto al proceso, el Mediador debe asegurarse de proporcionar igualdad de oportunidades a las partes para participar en el mismo, así como de evaluar las posiciones de las partes con imparcialidad y consistencia. En cuanto al convenio de transacción que pone fin a la controversia, el Mediador debe abstenerse de tener cualquier interés personal o financiero en el mismo. Es por ésta última razón que el Mediador está impedido -como se verá mas adelante- de fijar sus honorarios con base en un Pacto de Cuota-litis. También es fundamental que el Mediador renuncie a su interés personal en alcanzar un arreglo exitoso de la controversia, respetando la libertad de las partes de terminar el proceso de mediación sin un arreglo satisfactorio; lo que le impide realizar cualquier intento de convencer a cualquiera de las partes de contar con una posición jurídica precaria en caso de acudir a litigio.

La neutralidad del Mediador puede ser puesta a prueba en caso de que una de la partes esté mal asesorada o carezca de asesoría adecuada. Al respecto hay que subrayar el hecho de que el papel del Mediador es asistir a las partes para encontrar una solución adecuada para resolver sus disputas, en forma satisfactoria para todas las partes involucradas, pero no incluye la asesoría a las mismas, ni la sugerencia del ejercicio de acciones legales dentro o fuera del proceso de mediación. En caso de que una de las partes no cuente con asesoría, el Mediador deberá sugerirle que la obtenga y alertarla de los riesgos de no hacerlo, pero en caso de que el Mediador considere que una de las partes está mal asesorada, no podrá sugerirle que obtenga un asesor distinto al que lo esté asesorando. El Mediador que se convierte en asesor de una de las partes viola la neutralidad a que está obligado. En caso de que el Mediador se percate de un error en que se encuentra alguna de las partes debido a la falta de asesoría adecuada, está impedido de corregirlo, pero debe hacer notar a la parte que se beneficie de dicho error, instándolo a que lo corrija y alertándolo de las consecuencias legales de no hacerlo, ya que dicho error pudiere ser corregido en un litigio posterior al proceso de mediación. En caso de que el Mediador tenga preocupación fundada de que un convenio de transacción es claramente inequitativo para una de las partes, debido a la falta de asesoría o a una mala asesoría, puede determinar un período de “*cooling-off*”, antes de la formalización de dicho convenio, a efecto de que dicha parte afectada cuente con una última oportunidad de obtener asesoría adecuada.

La neutralidad e imparcialidad del Mediador, indispensable en el proceso de mediación, exige que el mismo no tenga **conflicto de intereses** con las partes. En caso de que exista la más remota posibilidad del surgimiento de un conflicto de intereses durante el proceso de mediación, el Mediador está obligado a revelarlo a las partes y, en su caso, al organismo que administre la

mediación, y deberá excusarse de actuar como Mediador en caso de que cualquiera de las partes así lo desee o de que el mismo Mediador prevea el surgimiento real de dicho conflicto. El hecho de que el Mediador conozca a alguna de las partes o a alguno o a algunos de sus representantes o asesores no representa necesariamente un conflicto de intereses para el Mediador, pero de cualquier manera está obligado a declararlo abiertamente a las partes. El Mediador deberá en conciencia excusarse de actuar como Mediador, en caso de que tenga prejuicios en contra o a favor de alguna de las partes por sus características personales, incluyendo sin limitar, su género, raza, nacionalidad, religión o cualquier otra.

En adición a la neutralidad del Mediador y a su obligación de confidencialidad, el Mediador debe gozar de **prestigio** en materia de **integridad** y de **honestidad** y actuar en consecuencia durante el proceso de mediación. Conviene hacer notar que dichas características de la personalidad son aspectos que se relacionan con el carácter y con el estilo de vida del Mediador, lo que le exige un comportamiento ejemplar a lo largo de los años que le permita brindar confianza a las partes. Si bien los conceptos de integridad y honestidad son difíciles de definir en un concepto abstracto, para las partes en un proceso de mediación es relativamente fácil determinar si el Mediador actúa o no con integridad y honestidad. Por ejemplo, la honestidad del Mediador puede ponerse a prueba durante el proceso de mediación si éste conoce la posición mínima aceptable de una de las partes para resolver la controversia y es consultado por otra de las partes en conflicto a ese respecto. En ese caso el Mediador está impedido de revelar esa posición mínima aceptable de una de las partes, pero tampoco puede mentir, ya que ello redundaría en la pérdida de confianza de la(s) otra(s) parte(s). En un caso como éste es aconsejable que el Mediador se abstenga de contestar apelando a su deber de confidencialidad.

En caso de que durante el proceso de mediación el Mediador sospeche de cualquier ilegalidad, incluso de tipo penal, tendrá el **derecho de excusarse** de su actuación y en casos extremos a dar por terminada su obligación de confidencialidad, aún sin la autorización de las partes, a efecto de proteger el interés público y evitar riesgos graves para las partes o para terceros.

Debido a que el papel que desempeña el Mediador en el proceso de mediación no incluye la asesoría a las partes, la **actuación negligente** del Mediador en raras ocasiones daña a las partes. Sin embargo, su actuación negligente en el manejo de la información confidencial puede afectar los intereses de alguna de las partes en conflicto, lo mismo en el caso de que el Mediador indebidamente asesore equivocadamente a alguna de las partes y que en consecuencia ésta se vea afectada. En todo caso, para ejercer cualquier acción de responsabilidad en contra del Mediador, dicha parte afectada está obligada a probar en juicio no sólo la actuación negligente del Mediador, sino también los daños sufridos por ella a causa de dicha negligencia.

2. Análisis del Código de Ética para Mediadores del Instituto Mexicano de la Mediación

Una vez analizados los principios éticos que rigen la actuación del Mediador y algunos problemas prácticos relacionados con su actuación, toca ahora analizar las principales normas

éticas contenidas en el Código de Ética para Mediadores (en lo sucesivo el “Código”) del Instituto Mexicano de la Mediación (en lo sucesivo el “Instituto”).

El Código está dividido en tres secciones. La primera contiene disposiciones generales, la segunda se refiere a la relación del Mediador con las partes, y la tercera contiene disposiciones adicionales.

En el artículo 1 de las disposiciones generales se determina que el Código rige la actuación de los Mediadores acreditados ante el Instituto, incluyendo la relación entre el Mediador y las partes. Aún cuando el Código no lo dice expresamente, somos de la opinión de que debe entenderse que el propio Instituto y sus funcionarios y empleados están sujetos a las normas éticas contenidas en el Código.

Como primer norma ética del Mediador, el Código señala en su artículo 2 que para poder actuar éste debe **considerarse capacitado** para llevar a cabo un proceso de mediación y para entender la materia sustantiva de la controversia. Esto implica contar con preparación académica y con experiencia profesional tanto respecto del proceso de mediación como de la materia sustantiva de la controversia. Sería deseable que el Instituto realizara exámenes de conocimientos sobre el proceso de mediación para la acreditación de los Mediadores a efecto de garantizar esta norma ética. Conforme a esta primera norma, es obligación del Mediador que no cuente con dichos conocimientos y experiencia excusarse de su actuación y solicitar su sustitución a las partes en la controversia y al Instituto. Aún cuando ésta norma ética no lo consigne expresamente, la misma obliga al Mediador a hacerse asistir de peritos especializados en la materia sustantiva de la controversia, cuando la especialización de dicha materia exija conocimientos técnicos con los que el Mediador no cuente. Aún cuando el Código no lo establece expresamente, es un requisito fundamental del proceso de mediación que el Mediador actúe en forma personal y no a través de socios o asistentes suyos, ya que el nombramiento del Mediador es una **actividad personalísima**, esto es, *intuitu personae*.

El principio de la **autodeterminación** que debe regir el proceso de mediación está consignado en el artículo 3 del Código. Conforme a este principio, la voluntad de las partes para alcanzar una solución negociada de su controversia es la base de la mediación. Por ello, es obligación ética del Mediador respetar la decisión de las partes, si deciden suspender temporal o definitivamente la mediación.

Conforme al principio de **imparcialidad** consignado en el artículo 4 del Código, el Mediador debe conducirse en forma imparcial, esto es, en forma **neutral**. Por ello, el Mediador debe abstenerse de actuar en asuntos en los que tenga **conflicto de intereses**. En caso de que dicho conflicto de intereses se presente una vez iniciado el proceso de mediación, el Mediador está obligado a retirarse del caso solicitando su sustitución al Instituto. Un profesionista estará impedido de actuar como Mediador si ha tenido lazos profesionales o de negocios con alguna de las partes, o si ha tenido relaciones de amistad o familiares con las mismas, ya que de haberlas se podría afectar su objetividad. Esta obligación ética de imparcialidad implica el que el Mediador evite conductas que tengan la apariencia de parcialidad hacia alguna de las partes. Para mantener su neutralidad, el Mediador está obligado a abstenerse de ofrecer asesoría profesional a las partes

y en caso de que lo considere conveniente o necesario deberá recomendar a las partes a que reciban dicha asesoría profesional del Instituto o de terceros. Esta obligación impide también que el Mediador preste asesoría profesional, directa o indirectamente, a cualquiera de las partes, aún durante un tiempo razonablemente largo posterior a la terminación de la mediación. De ésta forma la norma ética analizada obliga al Mediador a llevar a cabo, en relación con las partes en conflicto, exclusivamente los actos necesarios para llevar a cabo la mediación, estándole prohibida la realización de cualquier acto distinto.

El principio **de confidencialidad** que rige la actuación del Mediador está consignado en el artículo 5 del Código, conforme al cual éste está impedido de divulgar la información y documentación recibida de una de las partes, tanto a las otras partes como a cualquier tercero. Para ello, el Mediador debe discutir con cada una de las partes en conflicto cual es la información que está protegida por este principio. Desde luego, están protegidas por el principio de confidencialidad todas las propuestas de solución analizadas por las partes, así como los acuerdos logrados durante la mediación. En caso de que las partes decidan que la propia existencia del proceso de mediación esté sujeta a la confidencialidad del Mediador, éste deberá guardarla. No viola el principio de confidencialidad el Mediador que revela información confidencial del proceso de mediación al Instituto, ya que el mismo está también sujeto al deber de confidencialidad.

El artículo 6 del Código establece que el proceso de mediación debe llevarse a cabo conforme a los **principios de autodeterminación, imparcialidad, equidad y justicia**. El **principio de Calidad del Proceso** contenido en este artículo obliga también al Mediador a tomar en cuenta en sus gestiones los principios Generales del Derecho y los usos y costumbres en el ramo de actividad en que surge la controversia, siempre que dichos usos y costumbres no contravengan disposiciones de orden público o de interés general. El principio de Calidad del Proceso implica la obligación ética del Mediador para llevar el proceso en forma eficiente y expedita evitando que el mismo sea prolongado intencionalmente por cualquiera de las partes. Este mismo principio obliga al Mediador a fomentar el respeto mutuo entre las partes, y a suspender o posponer el proceso de mediación cuando considere que el mismo está siendo utilizado para fomentar una conducta ilegal o contraria al ética.

El último artículo de la sección primera del Código obliga al Mediador a comportarse en forma **objetiva** y con **honorabilidad** frente a las partes, especialmente en lo que se refiere a sus conocimientos y experiencia en la materia sustantiva de la controversia, y prohíbe al Mediador garantizar a las partes un resultado exitoso del proceso de mediación.

La sección segunda del Código que contiene las normas éticas que rigen las relaciones del Mediador con las partes en conflicto comienza con el artículo 8 que obliga al Mediador a comunicar al Instituto y a las partes cualquier **conflicto de intereses** actual o potencial del que tenga conocimiento. El Código reconoce la posibilidad de que las partes y el Mediador acuerden continuar la mediación, a pesar de la existencia de dicho conflicto de intereses. Somos de la opinión de que ésta excepción contenida en el Código no debiera existir ya que pone en riesgo la neutralidad e imparcialidad del Mediador, elementos fundamentales del proceso de mediación.

En materia de **honorarios**, el artículo 9 obliga al Mediador a informar a las partes por escrito, antes de iniciar el proceso de mediación, la forma en que se determinarán sus honorarios, precisando de ser posible el monto de su compensación y forma de pago. Aunque el Código no lo exija, es aconsejable que el pacto de honorarios sea también firmado por las partes. Para la determinación de los honorarios, el Código señala que el Mediador deberá tomar en cuenta las tarifas establecidas por el Instituto, el tipo y la complejidad de la controversia y el conocimiento y la experiencia del Mediador. El Código contiene una referencia al artículo 35 de Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados que se refiere a las bases para la estimación de honorarios, el cual incluye los siguiente elementos adicionales que deben ser tomados en cuenta para la estimación del monto de los honorarios: importancia de los servicios, cuantía del asunto, éxito obtenido y su trascendencia, novedad o dificultad de las cuestiones jurídicas debatidas, capacidad económica del cliente, costumbre del foro del lugar, responsabilidad que se derive para el abogado, tiempo empleado, grado de participación del abogado en el estudio, planteamiento y desarrollo del proceso, y la posibilidad de resultar impedido de intervenir en otros asuntos o de desavenirse con terceros. Aún cuando el Código, en su artículo 10, no lo establece con la claridad que sería deseable, de su primer párrafo se desprende que en atención al compromiso social de los profesionistas de hacer accesible el proceso de mediación como un medio extrajudicial eficaz para la solución de controversias, es obligación del Mediador sacrificar sus honorarios a efecto de que el proceso de mediación sea accesible a las personas de escasos recursos. En cuanto a la forma de pago, es aceptable que el Mediador requiera de las partes la entrega al Instituto de un depósito razonable que cubran sus honorarios. El Código dispone que al Mediador no le está permitido aceptar ni pagar ningún tipo de honorario por recibir o referir a otro Mediador un caso de mediación.

El Código en una nota de pie de página establece que “El Mediador no deberá acordar honorarios con las partes que puedan representar una carga o contingencia sobre el resultado de la mediación o sobre el monto del acuerdo de transacción...”, lo cual prohíbe el establecimiento de un *Pacto de Cuota-litis*, ya que ello crearía un interés ilegítimo del Mediador en la solución de la controversia por la vía de la mediación.

El artículo 10 del Código consigna la obligación para el Mediador de conocer con exactitud las etapas procesales de la mediación y los objetivos y principios que rigen dicho proceso. En este mismo artículo se establece la obligación del Mediador de acotar los puntos controvertidos entre las partes, entender sus pretensiones e incentivar actitudes propositivas que permitan analizar distintas opciones de solución de dichas controversias. Es responsabilidad ética del Mediador evitar el abuso de una de las partes sobre las otras.

En la Tercera y última sección del Código relativa a Disposiciones Adicionales se incluyen los artículos 11 y 12 que establecen, respectivamente, la posibilidad de que las partes se hagan representar o asesorar por personas legalmente autorizadas y la obligación a cargo del Mediador de reconocer la libertad de las partes para establecer la reglas del proceso, incluyendo su modificación o derogación, mediante la simple notificación al Mediador y al Instituto.