

## **“Mediando la mediación: el modelo fácil de ‘opt-out’”**

**Entrevista a Giuseppe De Palo.**



GIUSEPPE DE PALO

Si lo entendemos correctamente, usted aboga por un sistema en el que las partes, como regla general, deben sentarse – como requerimiento mínimo- con un mediador antes de iniciar un litigio. Después de esta primera sesión, son libres de optar por no participar (lo que se conoce como mecanismo “opt-out”) en el proceso de mediación, sin consecuencias negativas, e iniciar un procedimiento judicial. El carácter obligatorio de esta primera sesión, para obtener “acceso a la justicia”, no parece encajar naturalmente con el concepto de que la mediación es un proceso fundamentalmente voluntario. Por supuesto, todo depende de cómo se entienda el “acceso a la justicia” y la “voluntariedad”. ¿Cómo definiría estas nociones en el contexto del sistema de “opt-out”? ¿Y cómo se aplican estos conceptos en su trabajo como Ombudsman para los Fondos y Programas de las Naciones Unidas?

Creo que no necesitamos nuevas definiciones de la voluntariedad de la mediación, o del acceso a la justicia, para dar cabida al modelo de mediación que yo llamo “opt-out”, que se podría traducir como “exclusión voluntaria”. De hecho, para mí, el modelo encaja perfectamente con el concepto de voluntariedad tradicional, en el sentido de que todas las partes deben acordar someterse al proceso de mediación. Simplemente, se requiere que las partes asistan a una reunión inicial de mediación con su mediador.

Esta reunión no debe ser una mera “sesión informativa de mediación”. Lo que la mediación es y puede/ no puede hacer, es algo que las partes deben averiguar antes de participar en el proceso, especialmente a través de sus abogados. La reunión debe centrarse en la viabilidad de la mediación en el caso en cuestión. Para que eso suceda, las partes deben hablar, al menos en cierta medida, sobre los méritos del caso; ver a su mediador en acción; analizar la actitud de la otra parte; escuchar la historia y los argumentos legales desde el punto de vista de la parte contraria, etc. Por lo tanto, la primera reunión debe tener lugar con el mediador elegido por las partes, en lugar de con un “asesor de mediación” u otra persona. Además, el proceso de mediación debe estar formalmente en marcha para proteger completamente la confidencialidad de esos intercambios iniciales clave. En un restaurante, ¿no le gustaría tener la oportunidad de probar su comida antes de confirmar su pedido?

Al final de esta reunión inicial, las partes son completamente libres de decidir si continuar con el proceso de mediación ya en marcha o abandonar a bajo costo y sin consecuencias negativas (es decir, si me permite un uso final de la analogía del restaurante, puede irse del lugar pagando sólo por el primer bocado que probó). Yo llamo a este modelo “fácil opt-out” porque, por supuesto, cualquiera puede abandonar la mediación en cualquier momento. Abandonarla cuando puede que haya sanciones, o después de haber pagado por completo una sesión de mediación completa, podría no ser tan fácil.

Dicho de otra manera, dado que nadie se ve obligado a mediar durante todo el proceso, sino sólo a hacer un esfuerzo inicial serio al presentarse a una reunión, veo el proceso como esencialmente voluntario. Ese esfuerzo inicial, en mi experiencia, es clave porque brinda una oportunidad estructurada para que las partes tomen una decisión más informada sobre cómo manejar su disputa.

Por lo tanto, podemos ver cómo este modelo también conduce no sólo a un mejor acceso a la justicia, sino también al (concepto más restringido de) acceso a los tribunales, como se entiende tradicionalmente. Esta primera reunión de mediación real es mucho más que una simple reunión informativa, o la certificación formal por parte de los litigantes de que las opciones de resolución alternativa de conflictos (ADR por sus siglas en inglés) se exploraron seriamente antes de acudir al proceso adjudicativo. Sirve como un “filtro” altamente efectivo de casos que podrían resolverse sin intervención judicial, ahorrando así el tiempo y los recursos de los sistemas judiciales.

Para usar una frase clave, el modelo de "opt-out" es la "mediación de la mediación", porque el modelo es la síntesis de dos "cosas" incuestionables, ontológicamente diferentes y aparentemente irreconciliables. Una cosa es el principio legal fundamental de que nadie está obligado a encontrar una resolución a una disputa. La otra, es la evidencia empírica: la mediación voluntaria (incluso cuando está fuertemente incentivada) es un "pato muerto", como dijo un famoso mediador; o, al menos, es mucho menos utilizada.

Debido a que un modelo "opt-out" demuestra ser más capaz de aprovechar el potencial multifacético de la mediación, al tiempo que conserva su naturaleza voluntaria, en la Oficina del Ombudsman para los Fondos y Programas de la ONU, nos hemos esforzado por poner ese modelo en acción cuando se trata de disputas en el lugar de trabajo. Al final, la noción de que la mediación debe usarse como el método principal de resolución de disputas, siempre que sea posible, ha sido afirmada varias veces por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En mi opinión personal, simplemente estamos practicando lo que predicamos.

**¿Deberían las partes que optaron por "opt-out" en el proceso de mediación estar preparadas, en su opinión, para motivar esta decisión ante un juez en un procedimiento judicial posterior?**

Esta es una gran pregunta que da en el clavo. Antes de intentar responderla, déjenme decir esto. Es importante tener en cuenta que es probable que la mediación sea valiosa para todas las partes, independientemente de su resultado. De hecho, una "mediación fallida" puede no ser un fracaso real. Puede que no haya resultado en un acuerdo en el día, pero transmitir los problemas cara a cara puede llevar a un acuerdo posterior, o al menos puede haber un acuerdo sobre algunos puntos, lo que deja menos asuntos para litigar y potencialmente menos costos en los que incurrir. De hecho, hay evidencia de que un porcentaje muy alto de personas que eran escépticas sobre la mediación antes de comenzar, terminaron recomendándola a otros, incluso cuando su mediación falló. Personalmente, igual es que he tenido mucha suerte, pero después de 25 años de práctica en mediación, nunca escuché de un solo participante que la mediación había sido "una pérdida de tiempo".

Sobre lo que me preguntaste: supongo que, en base a su pregunta, hay otra, que dice así: "¿qué sentido tiene exigir a las partes un esfuerzo inicial serio de mediación si pueden abandonar el proceso tan fácilmente? Las partes pueden presentarse, prestar atención al proceso (para evitar sanciones) y luego irse". La pregunta aún más genérica, y ciertamente demasiado grande para mí aquí, es la de "buena fe" en la mediación. Me limitaré a lo siguiente: estoy en contra de someter la sesión inicial de mediación a un escrutinio judicial posterior, ya que eso afectaría fundamentalmente lo que sucede en la sala del mediador. Para determinar un esfuerzo suficientemente serio, estoy a favor de establecer parámetros objetivos, como la duración mínima del tiempo de la primera sesión, o completar ciertas tareas definidas de antemano, como preparar una declaración de mediación y una respuesta.

Agregaría dos cosas. Si la sesión inicial es gratuita o les cuesta a las partes sólo una cantidad simbólica, la tentación de no participar seriamente en la mediación será mayor. Los mediadores también podrían estar menos interesados en hacer todo lo posible para que las partes continúen con la mediación. Establecer una cuantía apropiada es, por lo tanto, importante. Si "empezar bien es tener la mitad hecha", la tarifa para la sesión inicial debe estar entre un 15-25% del costo total de la mediación. Al final, los usuarios en la mediación deben aceptar que un servicio profesional tiene un costo. Lo mismo ocurre con los servicios prestados por el sistema judicial, cuyos costos son sufragados, en pequeña parte, por los honorarios judiciales de los litigantes y, en general, en una parte mayor, por los impuestos generales.

A nivel de políticas, uno tampoco debería estar demasiado preocupado si muchos casos abandonan el canal de la mediación debido al fácil mecanismo de exclusión. Primero, el sistema está ahí para filtrar de manera más efectiva los casos que son, y no son, adecuados para la mediación. En segundo lugar, incluso aparte de las consideraciones anteriores sobre lo que significa una mediación fallida, estos casos de mediación "fallidos" suponen un costo, desde un punto de vista sistémico. Aún así, el costo (normalmente moderado) de cada una de estas mediaciones abortadas debe compararse con los ahorros (normalmente mucho más altos) de cada mediación exitosa que no habría tenido lugar sin esa reunión inicial<sup>1</sup>.

**A menudo, la mediación ofrece a las partes la oportunidad de lograr un resultado que comprende "algo más" que una mera alternativa práctica a una decisión judicial, ya que un acuerdo también puede abordar preocupaciones y necesidades no legales. ¿Cómo se puede asegurar que esta 'potencia' más amplia de la mediación no desaparezca en el contexto altamente legalizado del sistema "opt-out" (donde las partes están probablemente respaldadas por la ley y su comprensión del conflicto probablemente se define en términos legales)?**

Los litigantes estarán acompañados por sus abogados, casi por definición. Además, si están requeridos a atender una reunión inicial de mediación, las negociaciones directas debieron haber fallado, si es que han tenido lugar siquiera...En este contexto, la sesión de mediación facilitada por el mecanismo de exclusión se vuelve aún más deseable, tanto a nivel individual como a nivel normativo, porque proporciona el espacio perfecto (o simplemente mejor) para explorar la posibilidad de aprovechar ese "algo más", que para mí incluye las dimensiones humanas y psicológicas de la mediación (por ejemplo, cuando una disculpa se ofrece), o la elaboración de un acuerdo cualitativamente superior, como cuando los acuerdos o las relaciones terminan siendo restauradas, o incluso mejoradas.

**¿Por qué, en su opinión, las partes tienden a optar por un procedimiento legal con un resultado casi seguro de ganar o perder sobre la mediación? En sus escritos, se ha referido al trabajo de Richard Thaler. ¿Qué lecciones se pueden aprender de la ciencia del comportamiento y la economía?**

Una respuesta adecuada a la primera parte de su pregunta sería larga y compleja. En un intento de resumen, creo que hay investigaciones abundantes y sólidas de que los humanos están "programados" para tomar decisiones inferiores cuando se trata de disputas, independientemente de los incentivos económicos que, en un sistema dado, podrían hacer que los litigios sean más apetecibles que la mediación para ciertos actores en ese sistema.

En "Nudge", Richard Thaler y el coautor Cass Sunstein explicaron de una manera accesible el sesgo irracional y los errores cognitivos que nos llevan a tomar decisiones subóptimas. Antes de ellos, Daniel Kahneman y Amos Tversky también expusieron ideas elaboradas (y para mí un tanto inquietantes) sobre cómo las personas toman decisiones realmente frente a la incertidumbre. Como dirían la mayoría de los abogados, siempre hay incertidumbre en ir a juicio, incluso cuando los hechos y la ley parecen estar claramente a favor de uno de los litigantes. Las teorías sobre la toma de decisiones son, por lo tanto, esenciales para la resolución de disputas.

---

<sup>1</sup> La importancia de un análisis de costo/ beneficio similar, para analizar opciones y recomendaciones de políticas de mediación sólidas y basadas en datos, es ilustrada en dos estudios realizados por el Parlamento Europeo. Puede visitar "Los costes de no utilizar mediación": (<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>); y, el estudio de "reiniciación" ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)).

La forma que Thaler y Sunstein indican para superar estos prejuicios y errores es modificar el contexto en el que se presentan las decisiones, a lo que se refieren como "arquitectura de la elección". Esto se debe a que las personas se inclinan por elegir un método predeterminado en lugar de una opción alternativa que les obligue a tomar medidas y hacer esfuerzos. Al alterar el contexto en el que se presentan las decisiones, las personas se alejan de las decisiones subóptimas basadas en sesgos y errores, pero aún mantienen su autonomía para decidir y su autodeterminación.

En esta línea de pensamiento, la mediación voluntaria (no importa cuán incentivada) representa un modelo de "opt-in": las partes deben tomar medidas para poner el proceso en marcha. Si no hacen nada, el curso de acción predeterminado es el litigio. En el modelo de "opt-out", las partes son libres de no participar en la mediación, pero es más probable que la inercia los haga inclinarse hacia ella. De hecho, las partes deben hacer esfuerzos para evitar la mediación si quieren iniciar un litigio de inmediato. Pueden enfrentar sanciones, tendrían que presentar mociones para convencer al juez de que la mediación probablemente hubiera fallado, perder posibles beneficios, etc.

**La experiencia italiana parece ser un ejemplo convincente de cómo la implementación de un sistema de exclusión voluntaria puede estimular el uso efectivo de la mediación. ¿Cuál cree usted que es la principal objeción de las instituciones dentro del contexto de la ONU para adoptar un sistema similar? (Y, además: ¿hay quizás datos más recientes que brinden una idea del funcionamiento actual del sistema italiano?)**

Cabe señalar que varios sistemas jurídicos internacionales han mostrado su disposición a adoptar prácticas de mediación a mayor escala y, por lo tanto, han introducido requisitos de mediación en sus sistemas judiciales. La Directiva de la UE 2008/52/CE, por ejemplo, establece las normas regulatorias mínimas para la legislación de la mediación que los estados miembros de la Unión Europea deben transponer a sus sistemas legales nacionales. El objetivo de la Directiva, como se establece en el Artículo 1, es "facilitar el acceso a la resolución alternativa de disputas y promover la solución amistosa de las disputas alentando el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales". La "relación equilibrada" entre la mediación y el litigio se ha interpretado en el sentido de que un número mínimo de casos presentados en los tribunales nacionales debe mediarse primero- haciendo de la mediación un requisito previo al litigio, si es necesario (como lo permite expresamente el artículo 5, sección 2)

Según el sistema italiano, que introdujo el mecanismo de "opt-out" en 2013, las partes, en ciertos casos civiles, deben participar en una primera reunión con el mediador, o de lo contrario, se enfrentan a sanciones financieras y procesales en el litigio resultante. No hay consecuencias negativas por abandonar la mediación después de la primera reunión.

Este modelo, implementado en Italia desde hace siete años, genera, en promedio, unos 150,000 casos de mediación al año y demuestra el efecto positivo de filtrado al que me referí anteriormente. Cuando las partes deciden no tener esa reunión inicial, el porcentaje de acuerdos es de alrededor del 50%. Este porcentaje es sorprendente, si lo pensamos. Recuerde: éstas son partes que podrían haber negociado un acuerdo cara a cara (pero no lo intentaron o no tuvieron éxito) y terminaron en mediación sólo porque es un requisito previo al litigio. Obligados a recibir una "pincelada" de mediación simple, rápida y económica, estos litigantes encontraron un acuerdo mediado en uno de cada dos casos. Como siempre digo desde hace muchos años, si llevas el caballo al río, el agua es buena y sabes que el caballo tiene sed, lo más probable es que beba, y felizmente.

No sorprende que el llamado modelo de mediación italiano haya dado forma a las leyes turcas y, últimamente, a las leyes griegas sobre mediación. Una simple mirada a las estadísticas turcas, antes y después de la entrada en vigor de la nueva ley, ilustra cuán simple es crear un mercado de mediación de tamaño decente, es decir, un mercado donde el número de disputas mediadas no es una fracción minúscula de las litigadas. Sin uno de estos mercados, todas las discusiones sobre la calidad de la mediación, acreditación, etc. son discutibles, insignificantes. La práctica de mediación inducida por legislación, así como los controles públicos y privados sobre ella, generan calidad mucho más rápido y de manera más efectiva que las discusiones interminables sólo acerca de la calidad que generará una sola mediación. Al menos ésta ha sido mi experiencia trabajando para algunas de las organizaciones contribuyentes internacionales más grandes para promover la mediación en varias partes del mundo, antes de unirme a las Naciones Unidas.

A la luz de estos resultados, lo que sorprende a la mayoría de los comentaristas es porqué el requisito de mediación en Italia sólo se aplica a alrededor del 10% de todos los casos civiles. Como pueden suponer los lectores, el número de mediaciones que tienen lugar cuando no existe tal requisito (es decir, en el 90% de los casos) es extremadamente bajo. Aunque parezca difícil de aceptar para muchos entusiastas de la mediación, esta gran diferencia en los números descarta la afirmación de que la mediación es principalmente una cuestión de cultura. La cultura y la promoción de la mediación son, por supuesto, cuestiones importantes, pero ciertamente no son las principales. De hecho, ¿cómo puede el mismo país tener muchas mediaciones en ciertos tipos de disputas (donde se requiere mediación), y muy pocas o ninguna en otros tipos (donde no se requiere mediación), cuando los litigantes y, especialmente los abogados, son a menudo los mismos? El tema principal es la normativa, como han explicado los ganadores del Premio Nobel del calibre de Kahneman, Tversky y Thaler.

En el contexto de la ONU, todavía no se ha implementado un sistema de “opt-out” genuino, pero hay evidencia de que nos movemos en esa dirección, al menos en base a la experiencia de algunas de las agencias de la ONU. A modo de ejemplo, nuestro último Informe Anual habla sobre el desarrollo de un proyecto de mediación interna en UNICEF, que estoy seguro de que pronto será acogido por organizaciones similares de la ONU.

**¿Cree que la mediación (con una disposición de exclusión voluntaria fácil) también debería tratarse en situaciones donde el diagnóstico del conflicto sugeriría, o donde es evidente, que otra intervención (como un procedimiento judicial que resulta en una decisión judicial) es probablemente la ruta más apropiada o efectiva? Estamos pensando, por ejemplo, en casos en que las partes discuten sobre la interpretación de legislación o una cláusula legal.**

Como recordarán, en mi opinión, la mediación puede ser útil incluso cuando falla. Por lo tanto, siempre elegiría a favor de una mediación fallida (incluida una mediación que desde el principio se sabía que era muy poco probable que tuviera éxito), si la alternativa es que no haya mediación en absoluto, debido a una normativa de mediación débil. Dicho esto, de hecho, los legisladores se encuentran con desafíos cuando escriben reglas de mediación que requieren serios esfuerzos iniciales de mediación. A modo de ejemplo, en ciertas jurisdicciones, los casos enviados a mediación, independientemente de la solicitud de las partes, pueden elegirse al azar (como cualquier otro caso, o cada tercer caso, presentado ante el tribunal). El legislador italiano, por ejemplo, eligió un camino diferente e identificó ciertos tipos de disputas (como patrimonio inmobiliario, herencia, difamación, etc.) en los que consideró que la mediación podría tener más éxito y requirió una reunión de mediación previa al juicio en esos casos. Ambos modelos tienen valor. De hecho, si el modelo de selección aleatoria muestra resultados positivos,

se podría decir que la mediación es efectiva independientemente de la naturaleza de la disputa. En ese caso, uno podría decidir extender la reunión de mediación previa al juicio a todas las áreas de litigio, a modo de prueba. El modelo italiano, y otros similares, proporcionan evidencia más específica, lo que permite a la vez experimentar con tipos adicionales de disputa, si la mediación tiene éxito en algunos, y eliminar el requisito de mediación en otros tipos, donde el requisito parece no funcionar.

mediaICAM, noviembre 2020.