

"¿Es la mediación obligatoria el futuro?"

Por Peter Nahmias Reiss¹

Julio 2022

El debate sobre si la mediación debería ser obligatoria antes de iniciar un proceso judicial civil en el Reino Unido ha durado bastante tiempo. De hecho, forma parte de un debate mundial más amplio sobre esta cuestión. El presente artículo considerará este debate y propondrá algunas ideas sobre un posible camino a seguir.

A. Puntos de vista sobre la cuestión de la mediación obligatoria tal como ya existe en el sistema de justicia del Reino Unido y sus probables tendencias futuras

En virtud de las Reglas de Procedimiento Civil de Inglaterra y Gales (CPR), los tribunales están dirigidos a alentar a las partes a utilizar un procedimiento de ADR si es apropiado. De hecho, los tribunales ingleses están autorizados a dictar «órdenes de resolución alternativa», lo que puede describirse mejor como recomendaciones sólidas para mediar. Cuando las partes ignoran tales órdenes, pueden enfrentar sanciones de costos bajo CPR r44.5.² Algunos han argumentado que este elemento coercitivo de prescribir sanciones de costos por no mediar ha introducido de facto una "mediación obligatoria implícita" en la jurisdicción inglesa. Los tribunales ingleses han defendido esta noción indirecta de mediación obligatoria, conscientes, por supuesto, del riesgo de imponer una obstrucción inaceptable al acceso de las partes a los tribunales y, por lo tanto, infringir el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950.³⁴

Al considerar el futuro de la mediación en el Reino Unido, un buen punto de partida es evaluar el debate sobre si la mediación debe ser obligatoria o no. A continuación consideraremos los principales argumentos a favor y en contra de esta proposición.

Miradores:

A favor de la Mediación Obligatoria

¿Asentamiento y más allá? Muchos argumentan que la mayor ventaja de exigir la mediación es que puede conducir a una mayor resolución de disputas, lo que conduce a ahorros significativos en los costos de litigio (monetarios y emocionales), así como a una reducción en la acumulación de casos. Esto reduce los retrasos judiciales y puede aliviar las cargas presupuestarias de la administración de justicia. Se argumenta además que al obligar a las partes a tener un tercio neutral que interrumpa suficientemente las posiciones de litigio de las partes y haga que exploren sus necesidades e intereses reales, pueden ser capaces de conducir hacia un acuerdo, ya sea durante la mediación o durante el litigio. Incluso cuando las partes no llegan a un acuerdo, este proceso puede, como mínimo, enfocar el

¹ FCI Arb, JD, Abogado (Admitido en los Colegios de Abogados de NY, NJ y Madrid, España).

² Normas de Procedimiento Civil de Inglaterra y Gales (CPR) Regla 1.4.2 e) "La gestión activa de casos incluye: alentar a las partes a utilizar una disputa alternativa resolución (GL) procedimiento si el órgano jurisdiccional lo considera oportuno y facilitando el uso de dicho procedimiento."

³ Bartlett Miguel Mediación obligatoria y Estado de Derecho, Amicus Curiae, 2 Vol 1, No 1, 50-83 en 57 (2019) <https://journals.sas.ac.uk/amicus/article/view/5066/4962> Ahmed (2012: 151-75) Citando Ahmed, Masood (2012) 'Mediación obligatoria implícita' 31(2) Justicia civil Trimestral 151-75.

⁴ Véase, por ejemplo, En Burchell NF -v- Bullard, Mr & Mrs, & Others - Tribunal de Apelación - [2005] EWCA Civ 358; Burchell contra Bullar [2005] EWCA Civ 358; Lumb contra Hampsey [2011] EWHC 2808 (QB); PGF II SA contra OMFS Company [2012] EWHC 83 (TCC); [2013] EWCA Civ 1288; Rolf contra De Guerin [2011] EWCA Civ 78; SG contra Hewitt [2012] EWCA Civ 1053 En Halsey contra Milton Keynes NHS Trust, el Tribunal de Justicia opinó que «obligar a las partes verdaderamente involuntarias a remitir sus controversias a mediación sería imponer inaceptables obstrucción de su acceso al órgano jurisdiccional» y se consideró que era obligatorio La mediación podría infringir el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derechos (CEDH) 1950. Halsey contra Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576, párrafo 16).

caso y reducir el número de cuestiones contenciosas entre las partes. La gestión obligatoria puede contribuir a garantizar que sólo los casos que estén lo suficientemente maduros deban ser objeto de litigio.

De hecho, puede producir tales resultados, pero en la actualidad, no hay pruebas concluyentes de que la mediación obligatoria sea más eficaz para impulsar la solución que la mediación voluntaria.⁵ Si bien hay evidencia contradictoria sobre si la mediación obligatoria mejora las tasas de liquidación, una mirada más cercana a la evidencia muestra que realmente depende del tipo de caso y cómo y cuándo se implementa la mediación en el proceso.⁶

Quizás el argumento más convincente para exigir la mediación es que al aumentar la aceptación, la mediación se normaliza. Eso, por supuesto, presupone que la normalización o la integración es en sí misma una justificación política independiente para cualquier cosa.

Contra la mediación obligatoria

Acceso a la Justicia. Una de las mayores preocupaciones con respecto a la mediación obligatoria es si la mediación obligatoria crearía un obstáculo adicional con respecto al acceso a los tribunales, infringiendo así el principio de tutela judicial efectiva.⁷ Podría decirse que cuanto mayores sean los obstáculos, mayor será el riesgo de impugnación constitucional.⁸

Estado de Derecho. Algunos han argumentado que la mediación obligatoria subvierte tanto el estado de derecho como los valores (la naturaleza voluntaria de la mediación y la autonomía de las partes) a los que la mediación dice servir. El argumento es que el derecho consuetudinario requiere un conjunto significativo de casos con potencial para sentar precedentes y que la compulsión "categórica" de mediar reduciría este grupo y correría el riesgo de causar que el vigor del derecho consuetudinario se atrofiara.⁹

Este argumento pasa por alto la realidad del sobrecargado sistema judicial actual, donde la mayoría de los casos se resuelven antes del juicio o las fechas del juicio se retrasan tanto que las cuestiones se vuelven discutibles antes de que se juzguen. Esta es una realidad que los partidos bien dotados de recursos a menudo emplean para agotar a los partidos más débiles a través del desgaste. También pasa por alto el contrafáctico, a saber, que muchas disputas de alto volumen / bajo valor monetario no requieren el establecimiento de precedentes.

⁵ Mediación en la justicia civil: revisión internacional de pruebas, 25 junio 2019
<https://www.gov.scot/publications/international-evidence-review-mediation-civil-justice/pages/7/>

⁶Id en p 42 Citando Mandell y Marshall Mandell, M.B. y Marshall, A. (2002) *Los efectos de la mediana unidad ordenada por la corte en los casos de compensación de trabajadores presentados en el tribunal de circuito: resultados de un experimento realizado en el tribunal de circuito para el país de Baltimore*. Maryland Institute for Policy Analysis and Research. Disponible: www.umbc.edu/mipar (finding que la mediación obligatoria mejoró las tasas de liquidación en general) pero ver contra Wissler, R. (1995) *Mediation and Adjudication in the Small Claims Court: The Effects of Process and Case Characteristics*. *Revisión de Derecho y Sociedad*. 29(2): 323-357 (encontrando que la mediación voluntaria y obligatoria no proporcionan una tasa de liquidación más alta que la de la otra; la mediación obligatoria no obliga a la liquidación).

⁷Los artículos 6 y 13 del CEDH; Véase también el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

⁸En *Alassini contra Telecom Italia SpA* (C-317/08) UE:C:2010:146 (18 de marzo de 2010) caso, Italy hizo una referencia preliminar al TJUE sobre esta cuestión derivada de un litigio que implica una mediación obligatoria. El TJUE consideró que no había contravención del artículo 6 de la sentencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ese el principio de tutela judicial efectiva no se opone a la mediación obligatoria, siempre que tales regímenes sean de interés general y proporcionados. La cuestión sigue siendo si una tasa por una mediación obligatoria podría haber violado la Carta. También vale la pena señalar que este caso no aborda la constitucionalidad de las sanciones coercitivas por no mediar o las disposiciones excesivamente onerosas de exclusión voluntaria.

⁹Ver Bartlet, supra en 62 citando Mulcahy, Linda (2013) 'El interés colectivo en la disputa privada Resolución' 33(1) *Oxford Revista de Estudios Jurídicos* 59-80.

Alimenta la desigualdad. Se argumenta que la naturaleza obligatoria de la mediación alimenta la desigualdad al aumentar los costos. Se argumenta además que la mediación no puede proporcionar una determinación respaldada por el Estado que pueda anular los desequilibrios de poder, en el caso de la intransigencia.¹⁰

Este argumento también pasa por alto el hecho de que el litigio ya es prohibitivamente costoso para muchas partes. También ignora el hecho de que un mediador bien capacitado puede en muchos casos estar en mejores condiciones para interrumpir la intransigencia de una parte en el contexto de un desequilibrio de poder significativo porque puede eludir las objeciones de procedimiento y desafiar directamente las debilidades en los argumentos legales, señalar las brechas de evidencia y los problemas de credibilidad de los testigos.

Nivel de satisfacción. Obligar a las partes a participar en la mediación puede correr el riesgo de que los participantes perciban que están siendo presionados para conceder problemas, realmente no deberían y sienten que han renunciado a su oportunidad de opinar. Esta es una preocupación particular para las partes vulnerables.

Si bien es cierto que es una preocupación válida, este argumento ignora el hecho de que esto también ocurre en la Corte, donde los casos se desestiman debido a un alegato deficiente o la evidencia no se admite debido a la aplicación estricta de las reglas de evidencia (contra rumores, estatuto de fraudes, estatuto de limitaciones)..

Competencia de mediador. Se argumenta que la mediación obligatoria puede impulsar la necesidad de más mediadores, lo que a su vez plantea preocupaciones sobre la competencia del mediador. Se argumenta que esto crea la necesidad de un esquema de acreditación de mediadores, que no solo es costoso, sino que también puede, con el tiempo, formalizar en exceso la mediación, deshaciendo otro componente clave de la mediación.

Este argumento exagera el riesgo porque cualquier mejora en la capacitación y acreditación de mediadores solo puede mejorar la calidad del proceso y sus resultados. También ayudaría a impulsar la aceptación y ratificación del Convenio de Singapur (que facilita la aplicación transfronteriza de los acuerdos de solución de controversias de mediación), ya que gran parte de la resistencia a su ratificación se deriva precisamente de la falta de sistemas de acreditación normalizados para los mediadores.

Impacto de las diferentes formas de mediación obligatoria en la integración de la mediación en el Reino Unido

Al considerar la mediación obligatoria, uno debe examinar lo que se entiende por "obligatoria". Cuando hacemos esto nos encontramos con una escala de obligatoriedad. A nivel internacional, las jurisdicciones que emplean la mediación varían a lo largo de todo este continuo.¹¹¹²

¹⁰ Id en 64 citando Winkelmann, J (2011, 6 de agosto) 'ADR y el sistema de justicia civil' 17-18, Discurso en la Conferencia AMINZ sobre Hacerse cargo del futuro.

¹¹ La escala más aceptada en el contexto de la mediación es el "continuo de mandatoriedad" de Quek cuál Identifica 5 niveles de obligatoriedad en la mediación: (i) Remisión categórica o discrecional sin sanciones; ii) Requisito de asistir a una sesión de orientación sobre mediación o a una conferencia sobre casos; iii) Sanciones blandas; iv) Sistema de exclusión voluntaria; v) Sin exenciones. Quek, D. (2010) Mediación obligatoria: ¿un oxímoron? Examinar la viabilidad de implementar un programa de mediación ordenado por el tribunal. *Cardozo Revista de Resolución de Conflictos*. 11: 479-509

¹² Informe del Grupo de Expertos sobre Mediación en justicia civil en Escocia, Llevar la mediación a la corriente principal de la justicia civil en Escocia, junio de 2019, p. 35 <https://www.scottishmediation.org.uk/wp-content/uploads/2019/06/Bringing-Mediation-into-the-Mainstream-in-Civil-Justice-In-Scotland.pdf>

El Grupo de Expertos Escoceses sobre Mediación declaró en su informe de 2019;

"La experiencia hasta la fecha sugiere, sin embargo, que a menos que se introduzca un elemento de coacción, la mediación nunca puede convertirse en una parte aceptada e integral del sistema de justicia civil. El reciente informe del Consejo de Justicia Civil consideró que se deben considerar enfoques obligatorios para mejorar la adopción, mientras que un informe de la UE de 2014 sobre la Directiva de mediación a escala de la UE señaló que las partes interesadas de toda la UE no consideran que ninguna otra medida tenga un impacto tan grande en la adopción de la mediación. como algún nivel de obligatoriedad".¹³¹⁴

El problema es que los procesos obligatorios de derivación no necesariamente conducen a mejores resultados para los usuarios. La evidencia solo muestra una mayor aceptación. Algunos autores argumentan que la mediación obligatoria debería ser una medida a corto plazo para aumentar la aceptación antes de volver a un proceso voluntario.¹⁵

De ello se deduce que la mejor manera de avanzar es un esquema que implique un elemento de compulsión. Un sistema que solo exige que las partes emprendan una reunión informal previa a la mediación, corre el riesgo de ser percibido como no más que un obstáculo procesal adicional para el litigio.¹⁶ Por otro lado, un sistema excesivamente oneroso que exija la mediación antes del litigio, con un mecanismo de exclusión voluntaria limitado, probablemente tendría todas las desventajas previamente discutidas y no lograría incorporar la mediación.

Tal vez la mejor manera de lograr la integración es adoptar la posición del Informe ADR del CJC mirando más allá de la obligatoriedad para centrarse en la conciencia, la disponibilidad y el fomento del proceso¹⁷.

¿Cuáles son los aprendizajes de la experiencia fuera del Reino Unido con la mediación obligatoria?

La evidencia de jurisdicciones extranjeras puede ser útil, pero no determinante.¹⁸¹⁹ La evidencia es variable, "lo que hace que la comparación y la transferibilidad sean problemáticas". La mayoría de los

¹³ ADR y Justicia Civil: Informe Final; Grupo de Trabajo de ADR del CJC, 2018, Disponible: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/12/CJC-ADR-Report-FINAL-Dec-2018.pdf> (Hereinafer "CJC ADR Report")

¹⁴ Dirección General de Políticas Interiores (2014) Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU EU Report [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

¹⁵ Quek, 'Mediación obligatoria: ¿un oxímoron? Explicando la viabilidad de implementar un programa de mediación ordenado por la corte' 11 Cardozo J (2010) Resolución de conflictos 479.

¹⁶ Informe ADR del CJC, supra en punto 4.17 y 8.14. En efecto el El informe de CJC ADR declaró expresamente que no tenía interés en extender el uso de Reunión de Información y Evaluación de Mediación (MIAMs) en litigios civiles

¹⁷ Id en el punto 2.2.

¹⁸ Jurisdicciones con variable Los niveles de mediación obligatoria que han sido objeto de estudio incluyen: Irlanda Ohio Maryland y Florida (Estados Unidos), Ontario, Colombia Británica, Alberta (Canadá) y Australia (Nueva Gales del Sur, Queensland,. Véase Id en la p.22.

¹⁹ Ver EgDirectiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil, DO L 136 de 24.5.2008(UE Directiva sobre mediación) que respalda el uso de la mediación para los litigios transfronterizos dentro de la UE y defiende explícitamente que la mediación puede ser obligatoria y las sanciones o incentivos. En línea con esto, Italia introdujo la mediación obligatoria en 2010 (la única jurisdicción europea hasta ahora que lo ha hecho), pero luego modificó el sistema en un plazo de tres años para limitarlo a una gama más pequeña de disputas. En Bélgica, los elementos de la mediación obligatoria se consideraban una "molestia costosa" y veían a la gente "pasar por las mociones". Ver Hyde, Juan, Enfoque de noticias: ¿Será obligatoria la mediación? Gaceta de la Sociedad de Abogados, 23 octubre 2017. <https://www.lawgazette.co.uk/news-focus/news-focus-will-mediation-become-compulsory/5063343.article>. Esta información anecdótica sugeriría que, si bien la mediación obligatoria podría ser legal, podría no ser la estrategia óptima.

estudios se han centrado en las tasas de liquidación, con poco o ningún análisis de los resultados a más largo plazo.²⁰²¹

Quizás la experiencia internacional más útil fue la de Ontario, en su introducción de la "Regla 24.1" que estableció un procedimiento de mediación obligatorio para los casos civiles no familiares gestionados. Una evaluación sólida del esquema encontró que acelera los litigios y mejora la calidad de los resultados. Sin embargo, las tasas de liquidación variaron considerablemente según el tipo de caso. En última instancia, Ontario optó por buscar un plan más voluntario en el futuro, a un costo menor para el Estado.²²

Conclusión: ¿Tendencias futuras probables?

Sobre la base de los diversos argumentos a favor y en contra de la mediación obligatoria, el futuro parecería contemplar un modelo de mediación más obligatorio en Inglaterra y Gales. Esperemos que uno que no sea demasiado oneroso, ya que las desventajas planteadas por la compulsión excesiva parecen superar los beneficios. Como tal, es probable que las tendencias futuras incluyan el desarrollo de normas más estrictas sobre cómo y cuándo debe llevarse a cabo la mediación, así como un mayor enfoque en el desarrollo de la garantía de calidad y la regulación de la práctica de la mediación. En el futuro, el enfoque promete no estar tanto en la obligatoriedad, sino más bien en el aumento de la conciencia, la disponibilidad y el fomento de la práctica de la mediación.

²⁰ Ver Mediación en la justicia civil: pruebas internacionales revisión, supra, pág. 12.

²¹ Id a las 13.

²² Ver Waller, Helen, ¿Hacia la mediación obligatoria en Inglaterra? El Estudiante revista de Derecho, noviembre de 2020, véase también Hann et al, 'Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1): Executive Summary and Recommendations' (Evaluación del Programa de Mediación Obligatoria de Ontario (Regla 24.1): Resumen Ejecutivo y Recomendaciones) (12 de marzo de 2001). Esto podría deberse al hecho de que hubo una ganancia neta de solo un 15% más de liquidaciones. (durante primer año) generando un costo adicional innecesario para el 85% de los casos.