

## **LA MEDIACIÓN EN LA ACTUALIDAD Y EN EL FUTURO DEL PROCESO CIVIL BRASILEÑO**

### **MEDIATION TODAY AND IN THE FUTURE OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE**

**HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO**  
*Pos-Doctor en Derecho (Uconn Law School). Mestre, Doctor y Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil en la UERJ. Profesor de los Cursos de Graduação, Mestrado y Doctorado de la UNESA. Promotor de Justicia Titular en el Estado de Rio de Janeiro.*

**RESUMÉN:** En el año 2008 el Proyecto de Ley 4.827 completó diez años de tramitación, habiendo recibido diversas redacciones y suscitado un interminable debate sobre el instituto de la mediación. No obstante y a pesar de que aún no se haya convertido en Ley, es preciso aclarar que la mediación está ampliamente difundida en Brasil y se ejerce incluso dentro de los órganos del Poder Judicial. Muchas cuestiones se ponen hoy e se quedan aun sien respuesta. Conviene destacar que el mejor modelo, en nuestra opinión, es el que informe a las partes para que busquen una solución de consenso con todas sus fuerzas antes de interponer una demanda judicial. Conviene contar con un sistema de mediación bien elaborado, de manera que, la puesta en marcha de la maquinaria judicial, en muchos casos, podría evitarse. Creemos que las partes deberían tener la obligación de demostrar ante el tribunal que de alguna manera han intentado encontrar una solución consensuada al conflicto. No hay necesidad de una instancia previa formal extrajudicial; basta con un tipo de comunicación, tal como el envío de una carta o correo electrónico, una reunión entre abogados, un contacto con un "call center" de una empresa formada por el consumidor, en definitiva, cualquier medida adoptada por el futuro demandante para demostrarle al juez que la presentación de la acción no fue la primera alternativa.

**ABSTRACT:** In the year 2008, Legislative Bill 4,827 notched up ten years in congress, having received various drafts while generating endless debate on the mechanism of

mediation in the most varied sectors of civil society. Even though it has yet to formally become law, it must be stated that mediation is already widespread in Brazil, and is already exercised even within the organs of the Judiciary Branch, to the extent that it is based on an expression of the free will of the parties, on the choice of more thorough instruments for conflict resolution. There is no harm in stressing that the best model, as we see it, is that which urges the parties to seek a consensual solution with all their energies, before taking the matter to court. It is necessary to have a very well-equipped incidental mediation system, as the machinery of the judicial will already be set in motion, when in many of the cases this could have been avoided. We hold the opinion that the parties should be obliged to demonstrate to the Court that they have tried, somehow, to seek a consensual solution for the conflict. There is no need for a formal out-of-court prior instance, suffice to have some kind of communication, such as sending a letter or e-mail, a meeting between lawyers, contact by the consumer with the company's call center; that is, some step taken by the future plaintiff so as to demonstrate to the Judge that filing suit was not his first alternative.

*“La conciliación desestructura el litigio, lo descompone en sus contenidos conflictivos, aproximando a las partes en disputa que, por tanto, pierden su identidad construida antagónicamente”<sup>1</sup>.*

En el año 2008 el Proyecto de Ley<sup>2</sup> 4.827 completó diez años de tramitación, habiendo recibido diversas redacciones<sup>3</sup> y suscitado un interminable debate sobre el instituto de la mediación entre los más diversos sectores de la sociedad civil.

No obstante y a pesar de que aún no se haya convertido en Ley, es preciso aclarar que la mediación está ampliamente difundida en Brasil y se ejerce incluso dentro de los órganos del Poder Judicial, en la medida en que se funda en la libre manifestación

---

<sup>1</sup> RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119.

<sup>2</sup> El proyecto completo en su versión actual en <http://www.humbertodalla.pro.br>.

<sup>3</sup> En el sitio del Instituto Brasileño de Derecho Procesal - IBDP en <http://www.direitoprocessual.org.br>, se pueden consultar todas las versiones anteriores y sus exposiciones de motivos (acceso el 20 de abril de 2008).

de la voluntad de las partes, y en la elección de un instrumento más profundo de solución de los conflictos<sup>4</sup>.

En ese sentido, en la mediación no se busca una decisión que ponga un punto final a la controversia, incluso porque el mediador no tiene poder decisorio, lo que, desde luego, lo diferencia del árbitro.

Lo que se pretende es la pacificación real del conflicto mediante un mecanismo de diálogo, comprensión y ampliación del conocimiento de las partes sobre los hechos que llevaron a aquella disputa.

A lo largo de este trabajo intentaremos presentar algunos institutos de la mediación y comentar las disposiciones del Proyecto de Ley que consideramos merecen aún una mayor reflexión.

En esa línea de raciocinio, la mediación puede entenderse, en una definición bastante simple, como el instrumento de solución de un conflicto por medio del cual los litigantes buscan la ayuda de un tercero imparcial, y que sea detentor de su confianza.

Ese tercero, como hemos visto, no tiene la misión de decidir ni tampoco está autorizado para ello; y eso es concretamente lo que hace que las partes procuren al mediador y expongan de forma más sincera sus problemas. Al mediador le compete ayudarles en la obtención de una solución consensuada, haciendo que las mismas superen los obstáculos para alcanzar un acuerdo y puedan superarlos de forma consciente, como una verdadera manifestación de su voluntad y de su intención de componer el litigio como alternativa al enfrentamiento.

Normalmente, con el fin de llevar a cabo un procedimiento exitoso de mediación, las partes comprenden que el mantenimiento del vínculo que les une es más importante que un problema circunstancial y, a veces, temporal. Como explicaremos más adelante, la mediación es el método de solución de controversias ideal para las relaciones duraderas, como es el caso de cónyuges, familiares, vecinos y compañeros de trabajo, entre otros.

José Maria Rossani Garcez<sup>5</sup> afirma que la mediación tendrá lugar cuando, debido a la naturaleza del obstáculo, tanto por sus características como por el nivel de

---

<sup>4</sup> Proyecto "Movimento pela Conciliação" dirigido por el Consejo Nacional de Justicia y coordinado por Lorenzo Lorenzoni y Germaine Moraes, disponible en el sitio <http://www.cnj.gov.br>, acceso el 15 de abril de 2008.

<sup>5</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2ª ed., p. 35.

implicación emocional de las partes, la negociación queda bloqueada, de manera que, en la práctica, no se puede llevar a cabo.

Realmente, la tendencia natural de las personas es tratar de resolver el problema por sí mismas, sin la ayuda de terceros. No obstante, tal estrategia acaba por hacer al conflicto aún más intenso y aleja la solución que no puede ser discernida por las partes, dada su implicación emocional.

Normalmente esas personas, después de un proceso de negociación fracasado, llegan a la conclusión de que no son capaces, por ellas mismas, de remover los obstáculos que impiden la celebración del acuerdo. Buscan, en un tercero, la ayuda para abrir el camino del consenso, que saben que existe, aunque no sean capaces de encontrarlo.

Sin embargo, tampoco hay que olvidar que el camino del consenso está irremediablemente comprometido, a causa de una relación ya desgastada por el tiempo, por los intereses de una o de ambas partes, así como por la falta de habilidad para manejar el conflicto.

En ese caso, se debe recurrir a la adjudicación o a la decisión forzada, hipótesis en que un tercero deberá, después de haberse comprobado que ya no existe ninguna posibilidad de acuerdo, emitir un juicio de valor acerca de la situación concreta en la cual los intereses de las partes están contrapuestos.

La adjudicación va a asumir, básicamente, la forma o de arbitraje o de jurisdicción.

Es aquí donde precisamos dejar un punto bien claro. Así como la jurisdicción tiene sus límites (examinada en un plano de eficacia, en cuanto medio de solución de controversias), es decir, no es el medio más indicado para conflictos que implican relaciones continuadas con una fuerte componente emocional, también la mediación encuentra allí sus fronteras, las cuales no deben descuidarse.

En otras palabras, es un error pensar en la mediación como la panacea para todos los males, incluso porque su premisa básica es la voluntariedad y la buena fe de sus actores. Es aquí donde va nuestra primera crítica concreta al Proyecto de Ley; la mediación no debe utilizarse indiscriminada y genéricamente en todos los procedimientos civiles. Debe haber un mecanismo de filtro, de modo que la mediación sea utilizada, sólo, en las hipótesis en las cuales pueda ser útil.

Continuando con nuestras consideraciones generales, podemos decir que son tres los elementos básicos para que podamos tener un proceso de mediación: la existencia de

partes en conflicto, una clara contraposición de intereses y un tercero neutral capacitado para facilitar la búsqueda de un acuerdo.

Con relación a las partes, pueden ser personas físicas o jurídicas. Pueden ser también entes despersonalizados, siempre que se pueda identificar a su representante o gestor. Pueden ser también menores, siempre que estén debidamente asistidos por sus padres (véase, por ejemplo, la utilidad de la mediación en conflictos juveniles y escolares y su potencialidad como instrumento de prevención o implicación de adolescentes con actividades delictivas, una de las áreas más proclives para la denominada “justicia restaurativa”).

El segundo elemento, el conflicto, delimita la amplitud de la actividad que debe desarrollarse por el mediador. Es preciso dejar claro que la mediación no se confunde con un proceso terapéutico o de acompañamiento psicológico o psiquiátrico.

Es cierto que es resulta deseable que el profesional de la mediación tenga conocimiento en psicología y, sobre todo, práctica en manejar las relaciones humanas y sociales. Sin embargo, debe existir un límite claro a su intervención, de lo contrario se perdería el núcleo del problema y se produciría un proceso abstracto, interminable y, por tanto, poco fructífero.

Por último, el mediador debe ser neutral, equidistante de las personas involucradas en el litigio y que goce de buena credibilidad. Debe ser alguien apto para interactuar con ellas, mostrarse confiado y dispuesto a ayudar concretamente en el proceso de solución de aquel conflicto.

Para Nuria Belloso Martín<sup>6</sup>, la mediación se caracterizará siempre por los siguientes elementos: a) voluntariedad; b) elección del mediador; c) aspecto privado; d) cooperación entre las partes; y) conocimiento específicos (habilidad) del mediador; f) reuniones programadas por las partes; g) informalidad; h) acuerdo mutuo; i) ausencia de sentimiento de victoria o derrota.

Como regla general, la mediación es un procedimiento extrajudicial. Se produce, como hemos visto, antes de la búsqueda por la adjudicación. Sin embargo, nada impide a las partes, después de haber iniciado el proceso judicial, asentarse de nuevo en sus posiciones e intentar, una vez más, la forma de conciliación.

---

<sup>6</sup> MARTÍN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. Artículo gentilmente proporcionado por la autora cuando impartió la disciplina en el Curso de Mestrado en Derecho de la UNESA en noviembre de 2005.

Conviene destacar que el mejor modelo, en nuestra opinión, es el que informe a las partes para que busquen una solución de consenso con todas sus fuerzas antes de interponer una demanda judicial. Conviene contar con un sistema de mediación bien elaborado, de manera que, la puesta en marcha de la maquinaria judicial, en muchos casos, podría evitarse.

Creemos que las partes deberían tener la obligación de demostrar ante el tribunal que de alguna manera han intentado encontrar una solución consensuada al conflicto.

No hay necesidad de una instancia previa formal extrajudicial, como sucede con las Comisiones de Conciliación Previas<sup>7</sup>, en el Tribunal Laboral, basta con un tipo de comunicación, tal como el envío de una carta o correo electrónico, una reunión entre abogados, un contacto con un "call center" de una empresa formada por el consumidor, en definitiva, cualquier medida adoptada por el futuro demandante para demostrarle al juez que la presentación de la acción no fue la primera alternativa.

Aquí estamos defendiendo una extensión del concepto de legitimación procesal como una manera de agilizar la prestación judicial, con el fin de evitar acudir innecesariamente al Poder Judicial.

Pero esto es sólo un aspecto de esta visión. La otra, y quizás más importante, es la conciencia por parte del propio Poder Judicial, de que el cumplimiento de su papel constitucional no constituye, necesariamente, la intervención en cualquier conflicto.

Este punto de vista puede dar lugar a dificultades en consonancia con el principio de la Indelegabilidad de la jurisdicción, a raíz de que el juez no puede eludir su obligación de juzgar; es decir, a una persona que llama a las puertas del Poder Judicial, no se le puede negar u obstaculizar su acceso, en conformidad con el artículo 5, apartado XXXV de la Carta de 1988.

El hecho de que un jurisdicionado solicite una prestación estatal no significa que el Poder Judicial deba ofrecer siempre y necesariamente una respuesta contundente, sino que debe aplicar la ley al caso concreto. Puede ser que el Juez entienda que las partes deben ser sometidas a una instancia de conciliación pacificadora, antes de una decisión técnica.

Y, además, en un momento inicial, como es este en que se encuentra el derecho brasileño, se exige una cierta actitud educativa y pedagógica.

---

<sup>7</sup> La Ley N ° 9958/2000 insertó las líneas de la A a la H en el artículo 625 de la Consolidación de las Leyes Laborales (CLT) y estableció el Instituto de las "Comisiones de Conciliación Previa".

Destacamos esta nueva dimensión del Poder Judicial<sup>8</sup>, aparentemente minimalista, en una interpretación superficial, pero que en realidad revela la grandeza de esta noble función del Estado. Desde esta perspectiva, eficacia no significa ocupar espacios y actuar siempre, sino intervenir cuando sea necesario, como *ultima ratio*.

Eso puede (y debe) ser incentivado por el propio Poder Judicial. En ese sentido, conviene consultar el “*Alternative Dispute Resolution Act*”<sup>9</sup>, de 1988, en vigor en los Estados Unidos.

El procedimiento de mediación incidental o judicial se puede llevar a cabo en nuestro ordenamiento, actualmente, en dos hipótesis: o bien el propio juez que lleva el proceso, actúa como conciliador, o bien designando un auxiliar para este fin (artículos 331 y 447 del CPC), o las partes pueden solicitar al juez la suspensión del procedimiento por un período no superior a seis meses, para la realización de las negociaciones de conciliación fuera del juicio (artículo 265, inciso II, C / C § 3, también del CPC).

---

<sup>8</sup> Véase el extracto, seguidamente transcrito, de la obra de Eligio Resta: *“La oferta monopolista de la justicia fue después incorporada en el sistema de jurisdicción, delegado para recibir y regular un conflicto creciente; técnicamente lo que llevó a altos niveles de ineficiencia del sistema de jurisdicción fue un rápido crecimiento de las expectativas y las preguntas referidas al mismo. Técnicamente se llama explosión de la litigiosidad, que tiene muchas causas, pero que nunca ha sido analizada de forma más profunda.. Es notorio que nuestra estructura jurídico-política ha estado siempre muy atenta a los remedios (es decir, reformas perennes de las normas), casi nunca a las causas, dejando de lado los análisis atentos sobre la litigiosidad que crece, que es constantemente traducida en el lenguaje jurídico y que se dirige a la jurisdicción bajo forma irrefrenable de procedimientos judiciales. (...) Con respecto a tal hipertrofia, la dirección de la política del derecho, en la que se mueve, me parece que deba ser en el sentido de una jurisdicción mínima, contra una jurisdicción tan omnívora como ineficaz”*. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, pp. 99/100). (La traducción al castellano es nuestra).

<sup>9</sup> Siguen los principales extractos del “Act”: “(...) (2) *certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...)*”. Fuente: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acceso el 30 de septiembre de 2007.

Sin embargo, en las dos hipótesis, como ya hemos destacado, no ha habido movimiento de la máquina judicial (presentación de la solicitud inicial, recaudación de costes, orden de mención preliminar positiva, citación de la parte demandada, plazo para la contestación, diligencias de la oficina Judicial, respuesta del demandado y designación de la audiencia previa, contando también con las numerosas cuestiones procesales que puede complicar la relación procesal) .

Volviendo a la cuestión de la mediación en sí, como ya hemos señalado<sup>10</sup>, de acuerdo con la postura del mediador, podemos clasificar el procedimiento en activo o pasivo.

En la mediación, el tercero pasivo sólo escucha a las partes, actuando en calidad de facilitador<sup>11</sup> en el proceso de obtención de una solución consensuada para el conflicto, sin dar su punto de vista, posibles soluciones y propuestas concretas para las partes.

En el caso de la mediación activa, el mediador actuará como una especie de conciliador, que no sólo se limita a facilitar, sino que también tendrá la función de presentar propuestas, soluciones alternativas y creativas a los problemas, alentar a las partes contendientes sobre la razonabilidad o no de determinadas propuesta, influyendo así en el acuerdo que se obtenga. En ese caso, el mediador asume una posición evaluadora.

Obviamente, llegar a un acuerdo por medio del proceso de mediación no es una tarea fácil. Exige tiempo, dedicación y una preparación por parte del mediador.

Sería un grave error pensar en unas mediaciones llevadas a cabo en serie, de forma mecanizada, como hoy, lamentablemente, se hace con las audiencias previas o de conciliación en los Tribunales Especiales y en el Tribunal Laboral.

La mediación es un trabajo artesanal.

Cada caso es único.

La mediación es un tema hecho a mano. Cada caso es único. Se necesita tiempo, estudio, análisis profundos de las cuestiones bajo diversas perspectivas.

---

<sup>10</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, en Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>11</sup> El término facilitación viene siendo largamente utilizado en la literatura especializada en mediación. Véase SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2<sup>nd</sup> edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

El mediador debe de insertarse en el contexto emocional-psicológico del conflicto. Debe buscar los intereses, fuera de las posiciones rígidas externas asumidas<sup>12</sup>, para que pueda indicar a las partes el posible camino que las mismas tanto buscaban<sup>13</sup>.

Es un proceso que puede prolongarse durante semanas, con innumerables sesiones, incluso con la participación de los co-mediadores, con las partes, si así lo desean y asistidas en todo momento por sus abogados, debiendo todos los presentes estar de acuerdo con el procedimiento utilizado y la forma en que las cuestiones se ponen sobre la mesa para su examen.

El elemento principal, por tanto, para la comprensión de la mediación es la formación de una cultura de la pacificación<sup>14</sup>, en oposición a la cultura hoy existente en torno a la necesidad de una decisión judicial para que la disputa pueda ser resuelta.

En ese sentido, el artículo 2º, en la redacción actual del Proyecto<sup>15</sup>, dispone de forma inequívoca que la modalidad que se adoptará en Brasil será la pasiva, dando a entender que la llamada mediación activa (conciliación) es incompatible con el espíritu del legislador.

En este punto, son necesarias algunas consideraciones.

La distinción entre la mediación y la conciliación es una tarea un tanto ardua.

Algunos autores recomiendan el tratamiento de los dos términos como sinónimos. Sin embargo, en Italia<sup>16</sup> los autores están traduciendo la palabra Inglesa *mediation* por *conciliazione*, reservándose el término *mediazione* para la gestión de los conflictos, en materia familiar, social, escolar y penal.

Con ello se pretende distinguir claramente la actividad practicada por el Estado, con respecto a la existencia o inminencia de un proceso (*Conciliazione*), de la actividad puramente espontánea de pacificación social, practicada en el ámbito de la existencia de

---

<sup>12</sup> FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

<sup>13</sup> Vid. también, las siguientes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*, New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, cit.; y WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.

<sup>14</sup> WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes)*, São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

<sup>15</sup> "Art. 2º Para efectos de esta Ley, la mediación es una actividad técnica realizada por un tercero imparcial que, elegido o aceptado por las partes implicadas, las escucha, orienta y estimula sin aportar soluciones, con el propósito de que las mismas partes puedan prevenir o resolver los conflictos de modo consensual".

<sup>16</sup> Véase, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

conflictos latentes o inminentes, pero que todavía estén en el proceso judicial (*Mediazione*).

Sin embargo, considerando que el sistema de los EE.UU. es eminentemente paraprocesal y parajudicial, la propuesta brasileña se parece mucho a ese sistema. La propuesta en Brasil es la de mantener la nomenclatura norteamericana en la mediación paraprocesal. Entonces podemos establecer tres criterios fundamentales:

Con respecto a la finalidad, la mediación pretende abordar integralmente el conflicto entre los involucrados. La reconciliación se dirige a resolver el litigio conforme a las posiciones presentadas por las partes implicadas.

Con respecto al método, el conciliador asume una posición más participativa, pudiendo sugerir a las partes los términos en que el acuerdo podría lograrse dialogando abiertamente a este respecto, si bien el mediador debe abstenerse de adoptar cualquier propuesta de iniciativa, cabiendo al mismo la función de asistir a las partes y facilitar su comunicación, para favorecer la obtención de un acuerdo de mutua satisfacción.

Por último, con respecto a los vínculos, la reconciliación es una actividad inherente al Poder Judicial, realizándose por un juez lego o por alguien que ejerza la función específica del conciliador. Por otra parte, la mediación es una actividad privada, libre de cualquier vínculo, no formando parte de la estructura de cualquiera de los Poderes Públicos. Incluso la mediación paraprocesal mantiene la característica privada, estableciendo sólo que el mediador debe registrarse en el juzgado con el fin de ser designado para actuar en los conflictos que se presenten ante la justicia.

A pesar de la valía del Proyecto sobre la elección de la mediación llamada pasiva, merece una crítica la disposición que crea una instancia de conciliación complementaria, incluso después de haberse intentado la mediación en una sesión propia, antes o durante el proceso.

Ello obedece a la alteración sugerida por el Proyecto<sup>17</sup> en el artículo 331 del CPC, en el sentido de adoptar la “early neutral evaluation” del derecho norte-americano a raíz de la audiencia de conciliación.

---

<sup>17</sup> Artículo 43. El art. 331 y párrafos de la Ley N° 5.869, 1973, Código de Procedimiento Civil entrará en vigor con la siguiente redacción: "Art. 331. Si no se verifica ninguna de las hipótesis previstas en los apartados anteriores, el tribunal designará una audiencia preliminar, que se celebrará en un plazo máximo de treinta días, para que las partes puedan ser citadas a comparecer, pudiendo hacerse representar por un procurador o alguien en quien delegue, con poderes de firma.. §1° En la audiencia preliminar, el juez escuchará a las partes sobre la base y el fundamento de la demanda e intentará una conciliación, incluso en el caso de que ya se haya llevando a cabo un intento de mediación previa o incidental. §2° La ley local podrá instituir un juez conciliador o reclutar conciliadores para ayudar al juez de la causa, en un intento de solución amistosa de las controversias. §3° De acuerdo con las

Se puede afirmar que esta innovación está en oposición al Principio de la Duración Razonable del Proceso, observada en el artículo 5º, inciso LXXVIII de la Carta de 1988 (insertado por la Emenda Constitucional n º 45/04).

El procedimiento es entonces "amplificado" innecesariamente. Como ya hemos mencionado, el error es llevar la actividad de mediación en el Tribunal de Justicia, en lugar de intentar tal medida con un carácter profiláctico y previo.

Por otra parte, como ya se ha destacado, la mediación no debe utilizarse en la generalidad de los casos. Tal conducta llevaría a una falsa esperanza en otra forma de resolución de conflictos que no tienen las condiciones para cumplirse de manera satisfactoria para determinados tipos de conflictos. El mediador no tiene una "*bola de cristal*" y tampoco una "*varita mágica*".

De ahí la importancia de instituir un mecanismo previo y obligatorio para el intento de una solución negociada de los conflictos, aunque no necesariamente sea la mediación.

El autor, a juzgar por la petición inicial, debería alegar (y probar) al juez que intentó, de alguna manera, resolver pacíficamente aquel conflicto y que sólo está llevando aquella causa al Poder Judicial por que no tuvo éxito en sus intentos.

El juez, debe de convencerse de las alegaciones del autor, emitir el liminar positivo y determinar la citación del acusado; por el contrario, si hay espacio y es viable una solución pacífica, designará una sesión de mediación (incidental), si estuviera convencido de que este mecanismo podría ofrecer, concretamente, alguna contribución a la disputa que tiene en sus manos.

La mediación debe ser llevada a cabo por profesionales habilitados, entrenados y experimentados.

Cada mediación implica un conocimiento más profundo del caso, técnicas específicas para el enfrentamiento de los más diversos tipos de conflictos, el establecimiento de una relación de confianza y una postura ética incuestionable del mediador.

---

*particularidades del caso, otras formas adecuadas de solución del conflicto podrán ser sugeridas por el juez, incluido el arbitraje, conforme a lo dispuesto por la ley, la mediación y la evaluación neutral de un tercero. §4º La evaluación neutral de un tercero, que deberá obtenerse en el plazo fijado por el juez, es secreta, incluso para éste, y no vinculante para las partes, con el único fin de orientarles en un intento de composición amistosa del conflicto. §5º Obtenido el acuerdo, se formalizará en los términos y se homologará por el juez. §6º Si por alguna razón, la conciliación no produjera ningún resultado y no se adoptara otra forma de solución del conflicto, el juez, en la misma audiencia, fijará los puntos controvertidos, decidirá sobre las cuestiones procesales pendientes, y determinará las pruebas que se presentaron, designando la audiencia de instrucción y juicio, si así fuera necesario.” (NR)*

Como ya hemos mencionado, innumerables veces, a lo largo del texto, resulta imprescindible el cambio de mentalidad entre los operadores del derecho; es preciso abandonar la cultura de la sentencia y adoptar la cultura de la pacificación.

Tal cambio de mentalidad, sin embargo, debe iniciarse en las aulas de las facultades de derecho. Disciplinas como “Teoría del conflicto”, “Mecanismos de solución alternativa de conflictos”, “Negociación” y “Conciliación” convendría que se introdujeran en los planes de estudio de los nuevos Grados.

Toda Facultad de Derecho debería de tener, al menos, una de estas materias en el ámbito de las disciplinas obligatorias.

Además, los despachos-modelo (prácticas en despachos) deberían incluir un período de “*clínica de mediación*”, teniendo el soporte de un equipo interdisciplinar, formado por psicólogos, asistentes sociales y terapeutas, de forma que se permita una formación más adecuada en el ámbito académico<sup>18</sup>.

Sólo con esa aportación en el ámbito académico será posible observar el cambio en la mentalidad de los operadores.

Junto con ello, es preciso una campaña de información amplia y prolongada a la población con la finalidad, por un lado, de no crear falsas expectativas, y, por otro, no permitir una desconfianza con respecto al nuevo instituto, fruto de una tradición arraigada en América Latina y vinculada a la falsa premisa de que sólo el juez puede resolver el problema.

El sistema de mediación (previa e incidental), tal como se presenta en el proyecto debe ser examinado de nuevo, de lo contrario el proceso se verá sometido a unos retrasos innecesarios. Se requiere una racionalización en el servicio que presta la jurisdicción.

Si desde el principio, está claro que el *quid* de la controversia no es legal, es decir, no está relacionado con la aplicación de una norma jurídica, no sirve de nada iniciar el procedimiento procesal y tratar de encontrar una solución consensuada. Esto llevaría a la innecesaria puesta en marcha de la máquina judicial, con un inútil derroche de dinero de las arcas públicas, una sobrecarga de trabajo para jueces, fiscales y defensores, sin que suponga resultados beneficiosos.

---

<sup>18</sup> En ese sentido, véase la excelente iniciativa del Ministerio de la Justicia titulada “Proyecto Pacificar”. Mayores detalles en el sitio de la Secretaria de Reforma del Poder Judicial en la siguiente dirección: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

Es preciso madurar, ante la realidad brasileña, formas eficaces para realizar este filtrado de modo que se obtenga una solución que se muestre equilibrada entre los Principios de Acceso a la Justicia y de la Duración Razonable del Proceso.

En esa línea de razonamiento, parece ser un verdadero despropósito pensar en la existencia, en el mismo proceso, de una sesión de mediación, una audiencia preliminar e incluso una AIJ en la que, nuevamente, se intenta la conciliación.

Creemos que, como regla general, la reconciliación debe ser pre-procesal, que se le permita a las partes la oportunidad de recurrir al Poder Judicial para obtener la aprobación del acuerdo (y por lo tanto, más seguridad jurídica para aquella relación); iniciado el flujo procesal, la opción de la conciliación siempre está abierta, pero ya no cabe al Juez buscarla, provocarla o incluso interrumpir la marcha de los actos procesales en el afán obsesivo de lograrla. Esta iniciativa debe corresponder a las partes y no al juez.

La cuestión de si el mediador ha de ser o no un abogado, ha suscitado grandes discusiones. Lamentablemente, lo que mueve el debate no es una preocupación desinteresada por el tema. Hay una fuerte "lobby" de los sectores de la abogacía, en oposición al movimiento hecho por sectores y grupos vinculados con la psicología.

En realidad, no nos parece adecuado que el mediador sea, necesariamente, un abogado, bajo ninguna circunstancia. Parece que la mejor configuración es la de un mediador no-abogado, que podrá ser asistido por un abogado co-mediador.

En el desarrollo de la sesión de mediación, las partes podrán traer a sus abogados o solicitar la intervención de un abogado o defensor público o abogado, en aquellas localidades en las que el Defensor Público no estuviera aún establecido, o cuando el número de defensores disponibles no fueran suficientes para satisfacer todas las demandas.

Es preciso destacar, que el árbitro, que está facultado para juzgar, no necesita ser un abogado. ¿Por qué, entonces, el mediador debería serlo, ya que su función no es juzgar, pero sí ayudar a las partes a comprender mejor el problema, facilitando la comunicación y removiendo los obstáculos que impiden el acuerdo? Lo que es verdaderamente importante es que el mediador sea alguien que tenga autoridad moral en la comunidad y que su habilidad de pacificar los conflictos sea reconocida de forma general, independientemente de su profesión.

Consideramos que nadie debe presentarse como mediador; esa cualidad es atribuida por la sociedad a partir de la observación y del reconocimiento de las actitudes

de esa persona. Hoy en día, los árbitros de más éxito y buscados en el mercado son las personas que han dedicado sus vidas a construir una reputación sólida y fiable.

Es la opción del legislador de privilegiar la mediación "pasiva", que no es de nuestra tradición.

Desde el año 1995, con la llegada de la Ley de los Tribunales Especiales, y la consiguiente "divulgación" de la justicia en pequeñas causas, la población se había acostumbrado a la figura del conciliador en los Tribunales Especiales que practican, en la mayoría de los casos, la mediación "activa", es decir, interferir en el conflicto, ofrecer soluciones, sugerencias e incluso valores.

Al optar por la mediación pasiva, nos guste o no, elegimos un procedimiento más demorado, profundo y que depende de la habilidad del mediador para acercar a las partes a un conocimiento más próximo del problema, haciendo que emerjan determinados aspectos y sin ningún tipo de sugestión que pueda interferir en su toma de conciencia.

Si no existiera una formación adecuada (que demanda estructura, tiempo y muchas horas de práctica y ejercicios) la opción del legislador no pasaría de una norma programática estándar y totalmente divorciada de la realidad práctica

El legislador no menciona la figura del "caucus", es decir, la posibilidad de que el mediador durante el proceso de mediación, se reúna por separado con una sola de las partes.

Se trata de una técnica controvertida, pero aceptada mayoritariamente por la doctrina clásica norte-americana, y que tiene por objetivo el de asegurar que las partes estén siempre en el mismo nivel de comprensión del problema.

Por otro lado, los críticos de esta postura, como los partidarios de la Escuela de Harvard<sup>19</sup>, recuerdan que eso conlleva incertidumbre y desconfianza para la parte que no participa en la sesión privada, lo que puede frustrar todo el proceso; posición esa que, a pesar de hacer más largo y complejo el camino de la solución del conflicto, parece ser, sin duda, la más isonómica y transparente.

---

<sup>19</sup> HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Desde la perspectiva de los negociadores, véase: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

La realización de la inscripción y del registro de los mediadores<sup>20</sup> es de suma importancia, así como la postura de la OAB –Colegio de Abogados de Brasil- que, a diferencia de las tradiciones corporativistas, debe dar ejemplo y sancionar a cualquier profesional que contribuya, de alguna forma, a la distorsión del proceso de mediación.

No es necesario apuntar aquí, puesto que es notorio, los incontables casos de falsedad, desvío y abuso de derechos, poderes y prerrogativas por personas que, a pretexto de ejercer la función de árbitros, intentaban travestirse en falsos jueces de derecho.

La redacción del artículo 34<sup>21</sup>, al disponer sobre los casos en los que no cabe la mediación, parece equivocada.

La prohibición de su uso en el inventario llega a ser absurda, en razón de la desjudicialización de este procedimiento, promovida por la Ley N° 11.441/07.

Entendemos que la ley sólo debe establecer las premisas básicas, sin ocuparse de casos específicos. En otras palabras, el criterio para determinar en qué casos se puede ejercer la mediación debe ser *ope iudicis* y no *ope legis*. En caso de duda, las partes deben acudir el Poder Judicial y presentar una petición, incluso con el propósito de obtener solamente la homologación judicial.

Nos encaminamos hacia el final de este breve texto, a sabiendas de que las cuestiones planteadas aquí allanan el camino para otros muchos interrogantes que nos

---

<sup>20</sup> “Art. 15. Cabe, en conjunto, al Colegio de Abogados de Brasil –OAB-, al Tribunal de Justicia, a la Defensoría Pública y a las instituciones especializadas en la mediación debidamente registradas en la forma del Capítulo III, la formación y selección de mediadores, para que se implanten los cursos apropiados, fijándose los criterios de aprobación, con la publicación del Reglamento respectivo. (...) Art. 17. El Tribunal de Justicia local mantendrá el Registro de Mediadores, que contenga una lista actualizada de todos los intermediarios habilitados previa o incidentalmente en el ámbito del estado. (...) Art. 18. En la mediación extrajudicial, la supervisión de las actividades de los mediadores y co-mediadores será siempre competencia del Tribunal de Justicia del Estado, en forma de normas específicas emitidas para este fin. Artículo 19. En la mediación, la supervisión judicial y el control de la actuación de los árbitros se hará por el Colegio de Abogados de Brasil, a través de sus secciones; la actuación de los co-mediadores será supervisada y controlada por el Tribunal de Justicia. Art. 20. Si la mediación fuera incidental, también cabrá al juez de la causa, que, verificando la actuación inadecuada del mediador o co-mediador, podrá alejarlo de sus actividades relacionadas con el proceso y, en caso de urgencia, tomar testimonios y reunir pruebas, informado, según el caso, al Colegio de Abogados de Brasil o al Tribunal de Justicia para que adopten las medidas apropiadas”.

<sup>21</sup> “Art. 34. La mediación incidental será obligatoria en el proceso de conocimiento, salvo en los casos siguientes: I - en la acción de la interdicción; II - cuando fuera autora o persona demandante o demandada de derecho público y la controversia verse en torno a los derechos inalienables; III - en la bancarrota, en la quiebra, en la insolvencia civil; IV - en el inventario y en la inscripción, V - en las acciones de la posesión legal, de reivindicación y de usurpación de bienes inmuebles; VI - en la acción de rectificación de registro público; VII - cuando el autor opta por el procedimiento del tribunal especial o por el arbitraje; VIII - en las medidas cautelares; IX - cuando en la mediación previa, realizada en la forma de la sección anterior, se haya producido sin un acuerdo en los ciento ochenta días anteriores a la presentación de la acción. Párrafo único. La mediación se llevará a cabo en un plazo máximo de noventa días, y en el caso de que no se llegue a un acuerdo, se dará continuidad al proceso”.

gustaría formular en la medida en que la mediación es un instrumento extraordinario que posibilita nuestra comprensión de los conflictos a partir de la efectiva participación de los involucrados.

Parece que a lo largo de la (reciente) tradición de la democracia brasileña, tal vez incluso como una expresión de *mea culpa* del Estado, consciente de su fracaso en relación a la atención a las necesidades más básicas de la población, se ha forjado la idea de que el Poder Judicial debe tener una posición paternalista con respecto al ámbito jurídico.

El ciudadano procura al Juez<sup>22</sup>, "presenta" su problema y queda, esperando impaciente, reclamando y reivindicando si la solución se retrasa o si no llega de la forma que él quiere. Las partes deberían involucrarse de una forma más directa en la resolución de conflictos y la mediación contribuirá en gran medida a ello.

La implementación de estas ideas permitirá que el procedimiento de la mediación sea gravado con las mismas garantías inherentes al proceso judicial en un Estado Democrático de Derecho, viabilizando y justificando ese medio alternativo dentro de la exigencia de un proceso "justo", en la óptica de la moderna doctrina procesal italiana<sup>23</sup> y obediente a los postulados clásicos del *due process of law*.

---

<sup>22</sup> "La sociedad aprendió a llevar los conflictos a los tribunales. Con las leyes aprendió a evitar la violencia, la guerra y la recuperación de sus intereses, necesidades y derechos, con sus propias manos. Pero olvidando de cómo resolver los conflictos en medio a estas mismas necesidades e intereses delegando poderes que sólo ella solo puede ejercer. Olvidó cómo conquistar y administrar la paz". SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

<sup>23</sup> Véase COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Minime del "Giusto Processo" Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani* en *Revista de Processo*, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159-176.