

IX Conferential del FORO MUNDIAL de MEDIACION
Distintas miradas sobre las mediaciones interpersonales y
las mediaciones internacionales
St Sauveur, 18 mayo 2017

La mediación y el acceso a la justicia - cambio de paradigma judicial y cultural en caso portugués

Lurdes Varregoso Mesquita
mmesquita@ipca.pt

Autora

Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo; Profesora Asociada - Departamento de Derecho, Escola Superior de Gestão del Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Ensino Superior Público, Portugal, área de Derecho Procesal Civil y Resolución Alternativa de Conflictos; Directora del Master e Miembro del Centro de Investigación Legal Aplicada; Autora de libros y artículos científicos en el área de la especialidad.

Resumen

La crisis de la justicia y el congestionamiento de los tribunales, sino también la evolución de la conciencia cultural, social y económico con el fin de adoptar nuevos y diferentes medios de resolución de conflictos que mejor se adapte al tipo de controversia, los procedimientos más flexibles y rápidos, de conseguir resolución y con un alto grado de participación y con la proximidad de las partes determinaron que surgió el fenómeno de la resolución alternativa de conflictos (ADR), o de la resolución extrajudicial de controversias de medios complementarios o alternativos.

La resolución alternativa de disputas hará emerger una nueva y diferente comprensión tanto de la administración de justicia como del derecho a acceder a la justicia. La administración de justicia debe basar en la creación de un sistema integrado de resolución de disputas que proporciona una serie de medios, sin barreras económicas, sociales, culturales. Por su parte, el derecho de acceso a la justicia empieza a ser entendida como el acceso a la entidad que los litigantes consideran más legítimo y más apropiado para resolver el conflicto de que se trate y para proteger sus derechos. Todo esto sin poner en tela de juicio la validez, la necesidad e idoneidad de los procesos judiciales.

La introducción de la mediación como un medio extrajudiciales de solución de conflictos se inserta en este movimiento, un fenómeno que viene por la ley común de contagio, progresivamente, aunque con cierta resistencia cultural y por parte de los sistemas.

En la legislación portuguesa desde 2001 que la mediación ha sido emplementada, primero en materia civil y mercantil, más adelante en asuntos laborales, penales y de familia. Actualmente, hay una ley de mediación que busca agregar el asunto y se ha incrementado el uso de este medio de resolución de disputas, pero todavía hay un camino por recorrer en el cambio de actitudes, sobre todo en los profesionales forenses.

1. Las problemáticas e cuestiones

- El sistema jurídico portugués plantea, efectivamente, un "multi-room justice system"?
- La cultura jurídica y judicial portuguesas se han desarrollado de forma a integrar a la mediación como una alternativa efectiva a resolución de litigios?
- Los ciudadanos y los profesionales forenses asumen un papel integrador de la mediación?
- Qué hacer para modificar los patrones de comportamiento?

2. Metodología de trabajo

- Análisis sistemático
- Evolución legislativa y interpretación legal - marcos internos e de la Unión Europea
- Estadísticas e informes

3. Marcos legislativos

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

Art. 10.º - *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

b) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Art. 47.º - Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

c) Constituição da República Portuguesa

Las normas de la constitución permiten encontrar los contornos y el paradigma de la administración de justicia en Portugal.

Tenemos:

- Medios judiciales e hetero-compositivos;
- La ley admite la institucionalización de los medios de composición extrajudicial de litigios.

Art. 202.º (Função jurisdicional)

1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.
3. No exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades.
4. **A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.**

Art. 209.º (Categorias de tribunais)

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:
 - a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
 - b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;
 - c) O Tribunal de Contas.
2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.
(...)

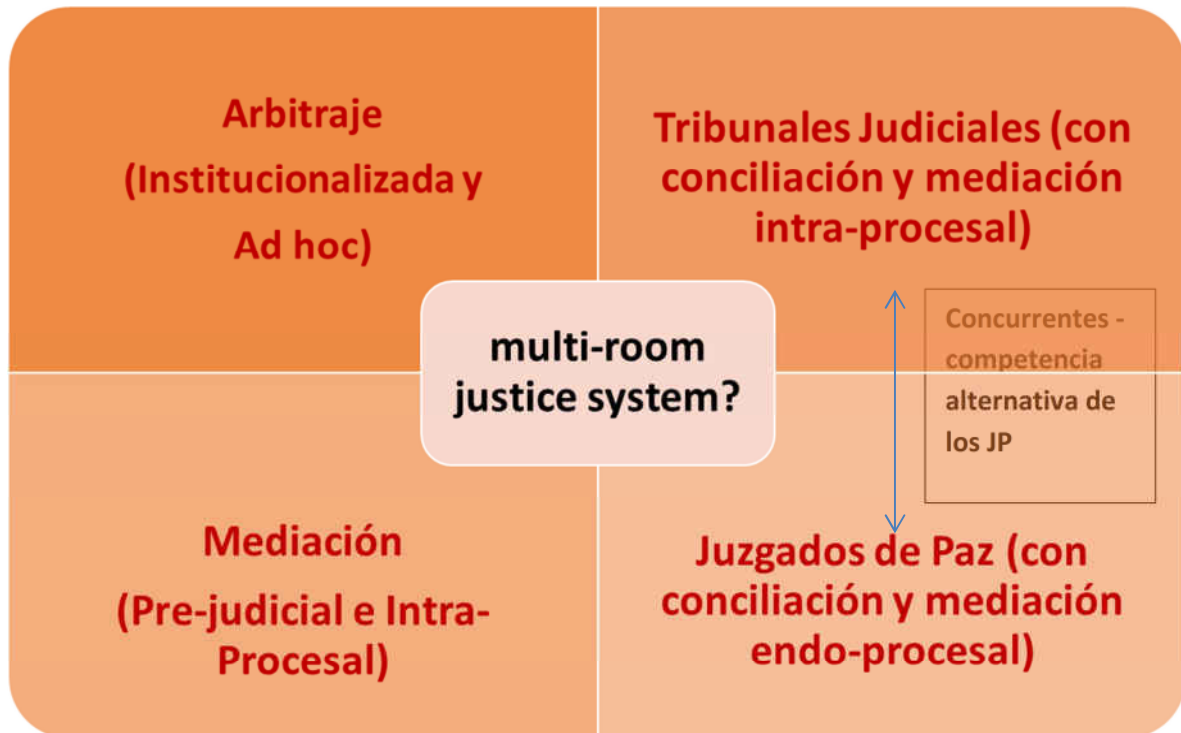
d) Leyes portuguesas que dictan sobre las diferentes materias en mediación

- Lei dos Julgados de Paz - Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho
- Mediação em Centros de Arbitragem Institucionalizada - Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Setembro
- Mediação Familiar – criada pelo Despacho n.º 18 778/2007, de 13 de julho
- Mediação Laboral – criada através de Protocolo, celebrado em 5 de maio de 2006
- Mediação Penal – criada pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos - Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro (Art. 87.º-C, Tentativa de conciliação e mediação)
- Directiva 2008/52/CE (Litigios transfronterizos; Enlace de la mediación al ambiente judicial - mediación pre-judicial y mediación intra-judicial; Acceso a la justicia - suspensión de plazos de prescripción y caducidad; Ejecución del acuerdo de mediación)
- Lei da Mediação – Lei 29/2013, de 19 de Abril (Los principios generales aplicables a la mediación celebrada en Portugal (capítulo II); El régimen jurídico de la mediación civil y comercial (capítulo III); El régimen jurídico de los mediadores (capítulo IV); El régimen jurídico de los sistemas públicos de mediación (capítulo V))
- Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de Junho (Art. 273.º Mediação e suspensão da instância)

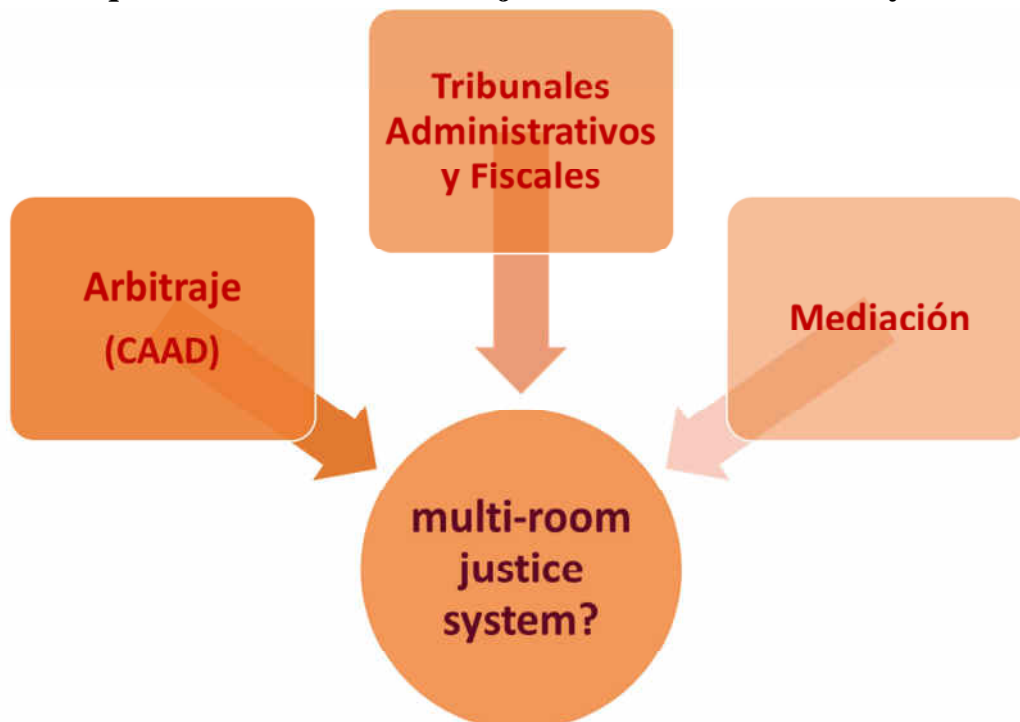
4. Diferentes medios de resolución de litigios

Formalmente, en la normativa de la administración de justicia en Portugal, se plantea una arquitectura en la que se conjugan los
A ver, en esquema.

Arquitectura do acceso a la justicia – civil e penal

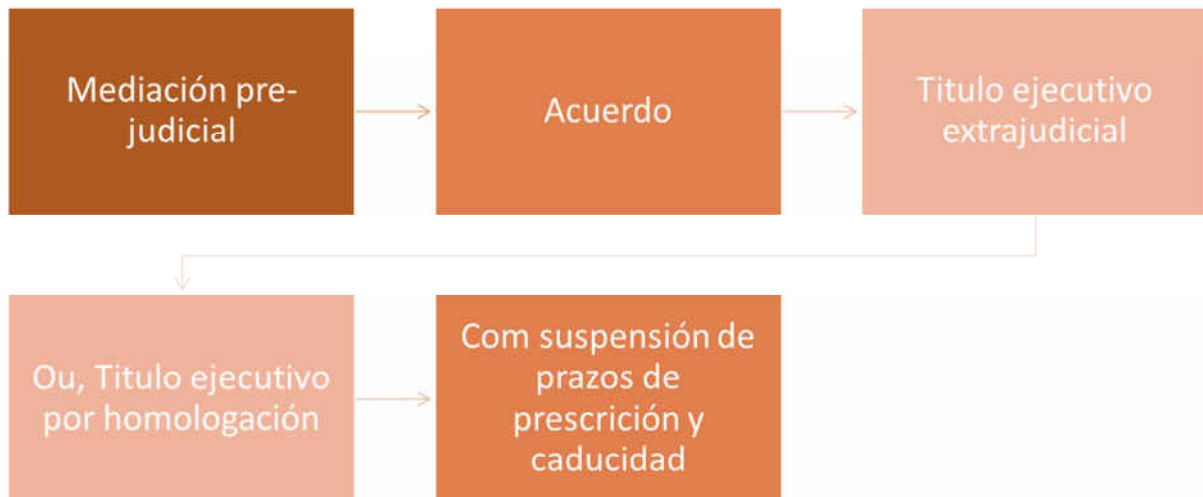


Arquitectura do acceso a la justicia –administrativo y fiscal

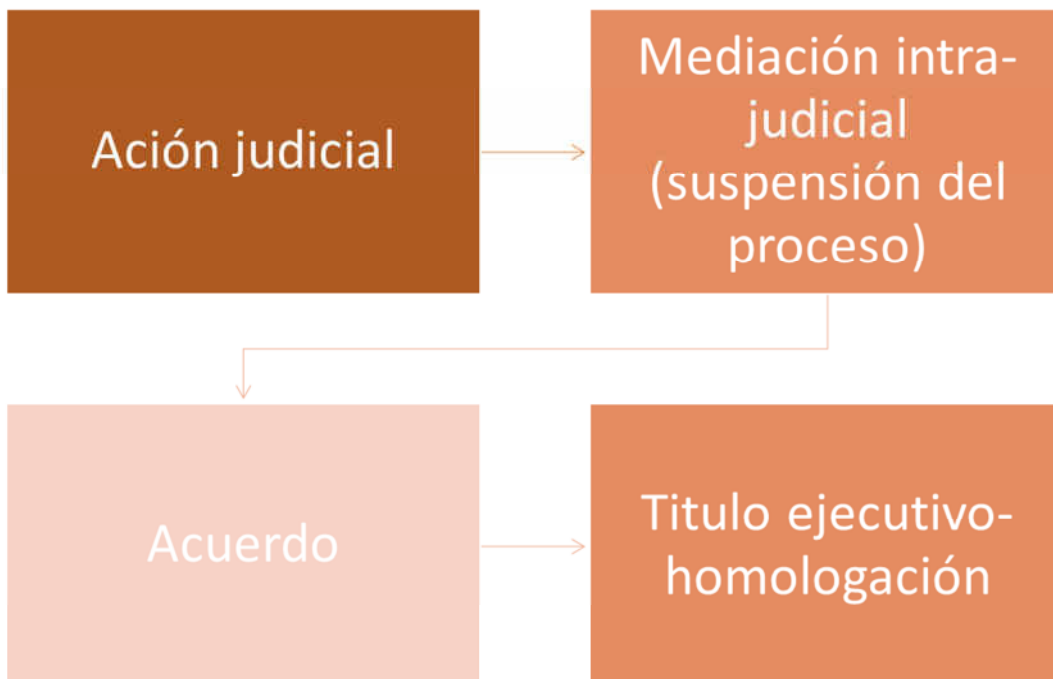


El procedimiento de mediación puede tener conexión con los tribunales

Modelos de procedimiento (1)



Modelos de procedimiento (2)



Conexiones en la resolución de litigios

Convención de Mediação

Pre-Judicial

Intra-Procesal



En realidad, la oferta de tribunales non judicial es escasa



Figure1 Tribunales Judiciales



Figure 2 Centros Arbitraje

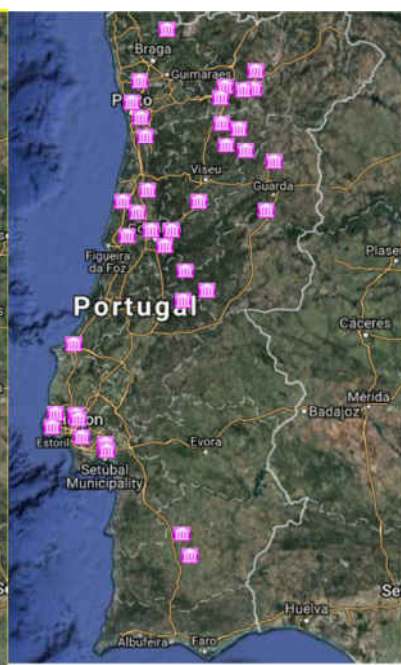
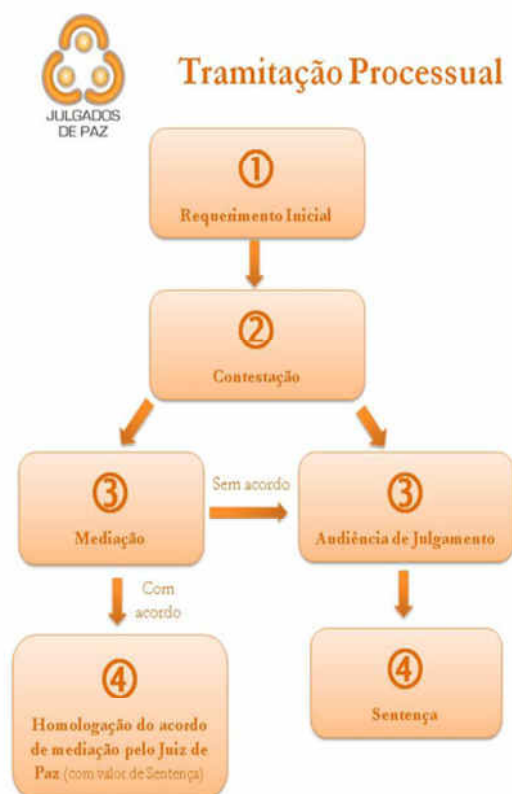
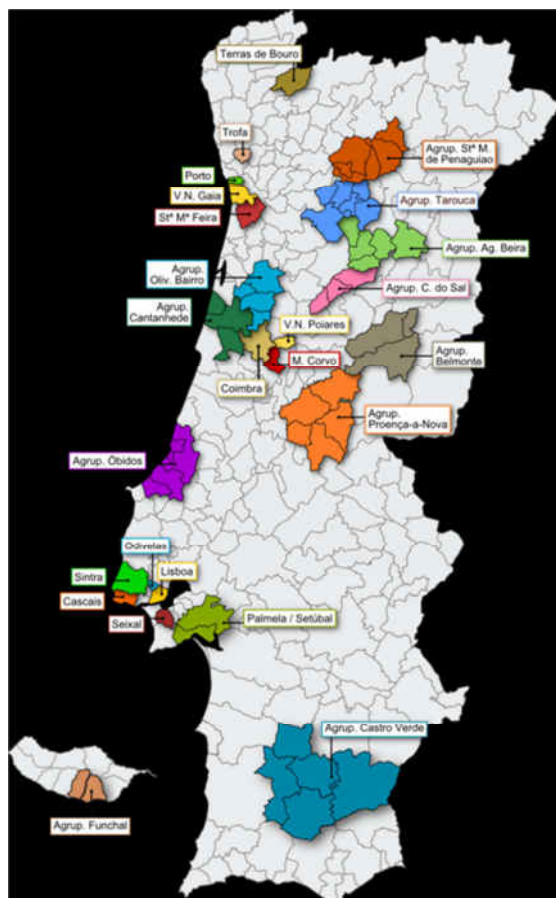


Figure 3 Juzgados de Paz

Los Juzgados de Paz en Portugal – Mediación Endo-Procesal



5. El estado del arte – La ley

- La mediación es pieza del *multi-room system* y Portugal la insiere en su sistema;
- Se ha cumplido el marco europeo;
- Hay resultados positivos en las conclusiones generales del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles^{1 2};

¹ EU - COM(2016) 542 final, Bruselas, 26.8.2016: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=ES>

² La evaluación pone de manifiesto que, en general, la Directiva ha aportado valor añadido a la UE. Gracias a la concienciación de los legisladores nacionales sobre las ventajas de la mediación, la aplicación de la Directiva correspondiente ha tenido un efecto considerable en la legislación de varios Estados miembros. El alcance de este efecto varía según el nivel preexistente de sus respectivos sistemas de mediación: Quince Estados miembros ya contaban con un amplio sistema de mediación antes de la adopción de la Directiva. En esos Estados miembros, la Directiva ha supuesto cambios limitados o nulos en su sistema.

- Relación entre el proceso judicial y la mediación;
- Tendencia para la creación de incentivos / sanción relacionados con el uso / no uso de la mediación;
- En caso portugués, se prevén sanciones para el autor que, pudiendo recurrir a estructuras de resolución alternativa de litigios, opte por el recurso al proceso judicial (art. 533.º, n.º 4 CPC). Actualmente es una sanción inocua;
- Suspensión de los plazos y ejecutoriedad del acuerdo.

6. El estado del arte – Los Profesionales

- Los profesionales forenses resisten
- No es obligatoria la asistencia de mandatario judicial
- La gestión del litigio es competencia de los abogados
- Los servicios e los jueces no son pro-ativos

Por ejemplo, en los Juzgados de Paz³:



• Nueve Estados miembros regulaban de forma dispersa la mediación o la mediación en el sector privado se basaba en la autorregulación. En esos Estados miembros, la transposición de la Directiva ha dado lugar a la adopción de cambios fundamentales en el marco de mediación vigente.

• Cuatro Estados miembros adoptaron por primera vez sistemas de mediación como consecuencia de la transposición de la Directiva. En esos Estados miembros, la Directiva dio lugar a la creación de marcos legislativos adecuados para regular la mediación.

En los casos en que la transposición de la Directiva ha dado lugar a la adopción de cambios sustanciales en el marco de mediación vigente o la introducción de un amplio sistema de mediación, se ha dado un importante paso adelante en el fomento del acceso a la resolución alternativa de litigios y en la consecución de una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

No obstante, se han detectado algunas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica. Estas dificultades están relacionadas principalmente con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros, el insuficiente conocimiento de cómo tratar los casos transfronterizos, el bajo nivel de conocimiento de la mediación y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad para los mediadores. Varios participantes en la consulta pública afirmaron que la mediación no era todavía lo suficientemente conocida y que seguía siendo necesario un «cambio cultural» para asegurar que los ciudadanos confiaran en la mediación. Señalaron también que los jueces y tribunales seguían siendo reacios a remitir a las partes a la mediación.

Los consultados reconocieron la importancia del papel de la mediación, sobre todo en materia de Derecho de familia (especialmente en el procedimiento relativo a la custodia de los hijos, los derechos de visita y los casos de sustracción de menores), además de los litigios comerciales. Cfr. Informe, cit., pp. 3 e 4.

³ Datos: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Relatorios/Relatorio2016.pdf>.

7. Estado del arte – Los Ciudadanos

- Falta de cultura auto-compositiva
- Falta de información
- Los juzgados de paz no cubren todo o territorio
- Sistema público de mediación on-line y asociados a pontos de contacto – dispersión *versus* celeridad y gestión de recursos

8. Estadísticas – Justicia – Juzgados de Paz, 2016⁴

Processos Distribuidos / Findos / Pendentes

Em 2016, houve decréscimo de processos distribuídos (-13%), que continua a tendência iniciada em 2013. Comparando com 2012, último ano de crescimento, a quebra é de 28%. O número de processos findos também teve o seu maior valor em 2012, mas as descidas deste valor são menos acentuadas. Em 2016 foram -8%, comparando com 2012, -23%.

Relatório 2016 - Dados Globais - Página 18

	Distribuidos		Findos		Pendentes	
2012	11307	12%	10977	13%	3596	10%
2013	10613	-6%	10395	-5%	3814	6%
2014	10494	-1%	9755	-6%	4553	19%
2015	9314	-11%	9167	-6%	4700	3%
2016	8104	-13%	8462	-8%	4342	-8%

Processos Findos por Acordo

Os processos findos por Acordo (Conciliação, Mediação e Transação) continuam a ter a maior percentagem (41%), apesar do decréscimo generalizado do número de findos (página 7). O Acordo é a forma preferida de findar processos em 16 dos 25 Julgados de Paz.

Na página 9 podemos ver a distribuição do tipo de Acordo celebrado, por Julgado de Paz. Em termos absolutos, a Conciliação é o acordo mais usado em 11 Julgados de Paz, seguida de muito perto pela Mediação, a preferida em 13 Julgados de Paz. A Transação é o tipo de acordo mais usual em apenas 3 Julgados de Paz. Em 3 Julgados de Paz, os processos findos por acordo ultrapassam os 50% do total de findos (coluna "Por Acordo").

Mediação - Recusas e Eficácia

As Recusas e Eficácia da Mediação estão resumidas, por Julgado de Paz, na página 15.

A Mediação é recusada em valores significativos (acima de 50%) em 8 Julgados de Paz. A recusa é de 40%, globalmente. A Mediação foi realizada em 27% dos processos findos em 2016, com uma eficácia de 53%, na obtenção de acordo por esta via.

Este valor sofreu um decréscimo de 5% relativamente ao ano de 2015. Mesmo assim, 16 dos 25 Julgados de Paz apresentam uma eficácia na obtenção de acordo por Mediação superior a 50% (coluna "Eficácia").

⁴ Dados: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Relatorios/Relatorio2016.pdf>

Datos Globales:

Evolução de Processos (2015)

Julgados de Paz	Pendência em 2014	2015				
		Distribuídos	P+D *	Findos	% Findos	Pendentes
Totais	4553	9314	13867	9167	66%	4700

Evolução de Processos (2016)

Julgados de Paz	Pendência em 2015	2016				
		Distribuídos	P+D *	Findos	% Findos	Pendentes
Totais	4700	8104	12804	8463	66%	4341

Processos Findos

Julgados de Paz	Findos	Por Julgamento	% F	Por Acordo	% F	Por Outros Motivos	% F
Totais de 2016	8463	2901	34%	3438	41%	2124	25%
Totais de 2015	9167	3026	33%	3888	42%	2253	25%
Varição 2015 - 2016	↓	↓	↑	↓	↓	↓	→

Processos Findos por Acordo

Julgados de Paz	Findos	Conciliação	% F	Mediação	% F	Transação	% F	Por Acordo
Totais de 2016	8463	1367	16%	1241	15%	830	10%	41%
Totais de 2015	9167	1508	16%	1431	16%	949	10%	42%
Varição 2015 - 2016	↓	↓	→	↓	→	↓	→	↓

Processos Findos

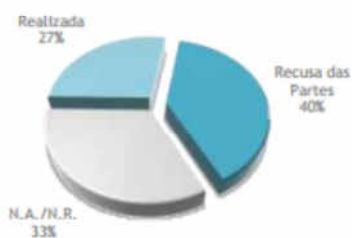


% Por Motivo (5 anos)



Processos Findos

Mediação



Recusa das Partes	2016	2015
Demandante	2530	3027
Demandado	699	670
Pré-mediação	133	56
% Recusas	40%	41%

Outros Motivos	2016	2015
Não Aplicável	902	824
Não Realizada	1872	2126

Eficácia das Mediações Realizadas

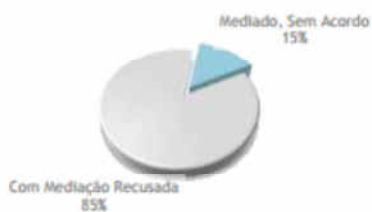


Mediação	2016	2015
Realizada	2327	2464
Sem Acordo	1086	1033
Com Acordo	1241	1431
Eficácia	53%	58%

Findos por outro tipo de Acordo, com Mediação Recusada ou Sem Acordo



Findo por Conciliação	2016	2015
Mediação Sem Acordo	243	325
Com Mediação Recusada	1124	1183
Total	1367	1508



Findo por Transação	2016	2015
Mediado, Sem Acordo	122	96
Com Mediação Recusada	708	853
Total	830	949

Janeiro 2017

	Data de Instalação	Distribuídos	Findos		Findos por Mediação		Recursos
		Total	Total	%	Total	%	Total
Lisboa	21-01-2002	15348	14545	95%	2663	18%	289
Oliveira do Bairro (Agrupamento)	22-01-2002	2444	2360	97%	492	21%	19
Setúbal	01-02-2002	7246	7122	98%	1028	14%	42
Vila Nova de Gaia	27-02-2002	10593	10076	95%	2970	29%	47
Miranda do Corvo	01-03-2004	1204	1168	97%	371	32%	5
Terras de Bouro	01-03-2004	700	693	99%	264	38%	3
Vila Nova de Poiares	01-03-2004	856	851	99%	104	12%	8
Tarouca (Agrupamento)	08-03-2004	2210	2106	95%	430	20%	67
Santa Marta de Penaguião (Agrupamento)	22-03-2004	3491	3325	95%	366	11%	45
Cantanhede (Agrupamento)	05-04-2004	5014	4933	98%	1347	27%	29
Porto	15-04-2004	12495	11830	95%	2235	19%	128
Aguiar da Beira (Agrupamento)	17-05-2004	1378	1351	98%	296	22%	11
Trofa	07-03-2006	1993	1957	98%	186	10%	21
Sintra	15-03-2006	10660	10500	98%	2052	20%	48
Coimbra	28-03-2006	3354	3022	90%	688	23%	42
Santa Maria da Feira	28-11-2006	2803	2664	95%	648	24%	27
Odivelas	26-07-2008	2868	2770	97%	533	19%	6
Palmela / Setúbal	01-08-2008	3784	3585	95%	628	18%	18
Aljustrel (Agrupamento)	11-12-2008	1233	1187	96%	177	15%	9
Proença-a-Nova (Agrupamento)	03-04-2009	1518	1460	96%	361	25%	7
Óbidos (Agrupamento)	21-04-2009	1465	1300	89%	391	30%	2
Carregal do Sal (Agrupamento)	06-08-2009	1133	1111	98%	202	18%	17
Funchal (Agrupamento)	22-12-2009	3705	3545	96%	1099	31%	41
Betmonte (Agrupamento)	13-09-2010	1021	921	90%	174	19%	6
Cascais	25-11-2010	1965	1882	96%	497	26%	32

Lisboa, 8 março 2017

O Secretário do Conselho dos Julgados de Paz, João Martins

9. Conclusiones

Portugal está en buen camino. Lo que empezó como respuesta al descongestionamiento de los tribunales, va caminando hasta hacer parte de la estructura.

Formalmente, así es, pero es importante y necesario

- Hacer funcionar los incentivos previstos en las costas judiciales
- Papel actuante de las universidades en la formación de los profesionales
- Papel actuante de las órdenes profesionales
- Intervención del Estado con más información e divulgación
- Hay que criar instrumentos idóneos para que las partes puedan acudir a la mediación, tal como profundizar el impacto del principio de cooperación en la fase liminar del proceso – una tentativa de conciliación con intervención de mediador en la fase liminar
- No está demostrado que la mediación obligatoria sea eficaz pero, como complementaria de la tentativa de conciliación, es posible conjugar los mecanismos

- Reforzar la transparencia y la posibilidad de registros previos de la prueba, al mejor en la mediación pre-judicial

“La mediación es en esencia un mecanismo voluntario y no puede ser visto como un instrumento valioso sólo por brindar alternativas frente a un servicio de justicia que no responde a las necesidades de un proceso justo y eficiente.”

“La preocupación del Estado no debería ser la de dotar los ciudadanos de un mecanismo de «fuga» frente a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que, sabiendo que tiene en el servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda acudir libre e informadamente a una negociación bilateral que ponga fin a la contienda.”