

MEDIACIÓN OBLIGATORIA

UNA VERSIÓN MODERNA DEL AUTORITARISMO PROCESAL

Humberto Dalla Bernadina de Pinho

Profesor da Uerj.
Promotor de Justiça en Rio de Janeiro.

Michele Paumgarten

Estudiante de Master en Derecho.
Abogada en Rio de Janeiro

Resumen: Este artículo tiene como objetivo el de analizar críticamente la mediación obligatoria bajo la óptica del acceso a la justicia. Se inicia destacando la relevancia de la mediación en la gestión de conflictos, poniendo de manifiesto los aspectos conceptuales y procesales. Analiza las recientes decisiones y el ordenamiento jurídico de algunos países que celebran la práctica de la mediación y la repercusión que ha tenido en aquéllos países que han optado por convertir la mediación en una práctica obligatoria.

Palabras llaves: Acceso a la justicia. Mediación obligatoria. Proceso. Conflictos.

Sumario: I. Mediación obligatoria: la metamorfosis. II. Perspectivas en Europa y en América. III. Consideraciones finales. IV. Referencias bibliográficas.

I- Mediación obligatoria: la metamorfosis

La realidad actual está marcada por la utilización de la práctica mediativa. En un escenario de Juzgados obstruidos, la sociedad ha comenzado a identificar el Poder Judicial como una institución burocrática y lenta, desacreditada, contribuyendo al agravamiento de una crisis que hace algunos años ya venía revelándose, pero sin que se haya llegado a establecer ningún plan de soluciones a medio y largo plazo.

Surge entonces, con gran expectativa, la adopción de métodos alternativos o paraprocesales para la solución de las demandas. Se presenta como un antídoto contra la crisis jurisdiccional, aunque no debe limitarse exclusivamente a descongestionar los Tribunales o a promover la solución de un litigio, sino que debe encontrar su solución plena, duradera y de forma pacífica, no violenta, buscando la solución de conflicto en conjunto, reduciéndose la dependencia social de la jurisdicción.

La mediación se destaca en este escenario con vivacidad. Y llegando a ser obligatoria ha sido defendida como la solución para que el acceso a la justicia no sea sólo una quimera.

Sin embargo ¿no será que, de hecho, se repetirán los mismos errores de las últimas décadas en las que se ha sobrevalorado la búsqueda en el Poder Judicial sin dar importancia a sus límites? Sobrevalorar la mediación ¿no podría acabar transformándola, a largo plazo, en un método ineficaz para la solución de conflictos, tal y como la jurisdicción es considerada actualmente por la sociedad?

Como regla, la mediación es un procedimiento extrajudicial. Se produce antes de la búsqueda por la adjudicación. Sin embargo, nada impide que las partes, habiendo iniciado ya la etapa jurisdiccional, resuelvan retroceder en sus posiciones e intenten, una vez más, la vía conciliatoria.

Sin embargo, la forma mediante la cual la mediación se viene introduciendo en algunos ordenamientos desfigura el instituto y tiene la finalidad de servir a propósitos meramente estadísticos, y que están lejos de satisfacer las necesidades del ciudadano.

Muchos de los que están interesados en la resolución de disputas a través de la mediación, parecen no entender que esta práctica no se resume en silenciar al otro interesado en el acuerdo o hacer que el conflicto se “resuelva”. Eso no permite el retorno al *estatus quo* anterior al origen del conflicto.

Corremos el riesgo simplemente de dar término a una controversia que necesitaría ser más reposada; la inducción a la pasividad en lugar de promover el diálogo; tendríamos una pacificación en lugar de la paz.

Pero, el uso de la mediación, concretamente, en la forma en como viene siendo propuesta, con un determinado plazo para concluirla, obligatoria y en casos predeterminados, ¿será el arreglo ideal para la solución efectiva de los conflictos de la sociedad?

La mediación no debe perseguirse en todos los casos independientemente de las concretas circunstancias.

En la mediación se intenta fortalecer a los que son menos poderosos a través de un equilibrio de poder, escucha más activa, generando opciones, creación de conciencia sobre disputa, negociación de soluciones, quitándose la máscara de demonio o de víctima creada

por el otro, permitiendo que cada parte elija la mejor alternativa para una solución negociada, llegando en definitiva, a un acuerdo.

Todo ese proceso tiene como esencia ser voluntario, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, admitiéndose incluso que sea incentivada la práctica de la mediación por un juez, pero excluyendo cualquier pretensión de convertirla en obligatoria, previa o incidentalmente a la demanda judicial.

La mediación preventiva obligatoria no ha despertado mucha popularidad. Obviamente la crítica no recae sobre la utilidad de la mediación, sino en su transformación en una etapa obligatoria, como si fuera la poción mágica capaz de solucionar los problemas a los que se enfrentan los más diversos sistemas judiciales del mundo.

Los defensores de la práctica preguntan: ¿puede haber alguien a quien no le gustaría celebrar un acuerdo mutuamente beneficioso?

Lo que sucede es que no todo el mundo puede estar interesado; o puede ser que la mediación no sea realmente el mejor método a aplicar cuando se pretenda la resolución de aquel conflicto.

La campaña desarrollada por algunas autoridades dirigidas literalmente a las partes para que adopten una mediación, refleja una visión distorsionada del principio del acceso a la justicia y totalmente equivocada del instituto que, sin duda, reiteramos, es esencialmente voluntario.

La mediación es una de las formas de resolución de conflictos que puede producirse en el ámbito privado, cuando las partes optan por mediar por su propia iniciativa a través de servicios privados, pero también intrajudicial (MUÑOZ, 2009, p. 66-85), pudiendo ser realizada al inicio, durante el proceso o en la fase de ejecución, por indicación del órgano jurisdiccional o también por la voluntad de las partes. Nada obsta a su vez, a que la mediación realizada en la esfera privada tenga repercusión en el proceso judicial, posibilitada por una suspensión del proceso, por ejemplo.

Pero el punto de tensión al que actualmente se enfrenta la mediación es el relativo a su inicio. Nos parece que, sin duda, las partes deben estar ambas conformes, o no, en iniciar un procedimiento de mediación.

Es el principio de la autonomía de la voluntad, omnipresente en la práctica de la mediación, que se funda en la libertad de poder decidir si y cuándo podrá establecerse la mediación, según sus intereses y acuerdo de voluntades.

Puede parecer que exista algún beneficio al obligar a las partes a reunirse y discutir su disputa. El mejor resultado podría ser una solución mutuamente satisfactoria y voluntariamente acordada; el peor resultado sería, por otro lado, que las partes no alcancen éxito en un acuerdo y el problema seguiría hacia un Tribunal, traduciéndose en un descontento, en costes adicionales y demoras innecesarias.

Los comentarios de Bret Walker y Andrews S. Bell (2000, p. 7-8) refuerzan los argumentos negativos a la mediación obligatoria:

Such a forced process of mediation also has the potential to erode respect for the rule of law, especially if the power to order compulsory mediation is exercised frequently. It is not difficult to suppose that the power will be exercised frequently in times of pressure on courts institutionally to ‘up their productivity’, whatever this is meant to mean, and on judges individually, to deliver judgments expeditiously.

Pero la realidad es que han sido elaboradas algunas propuestas en muchos países (incluyendo los países asiáticos) en los cuales los Tribunales y el Gobierno deben “forzar” (MONTELEONE, 2010, p.1-2) a los litigantes a someterse a la mediación. ¿Eso sería racional? ¿La mediación puede valer sólo cuando obligatoria?

En el sistema europeo, la política de valorización de la solución consensual de conflictos entró en el orden del día en la *European Judicial Area*, derivada a partir de la edición de la Directiva 52, de 21 de mayo de 2008 por el Parlamento Europeo, procedente de la recomendación fundamental lanzada en 1998 (98/257/CE) y en 2001 (2001/310/CE), obligando a cada Estado-miembro a reflexionar, introducir o crear textos legales que contemplen los mecanismos de solución amistosos de los conflictos, lo que engendró una serie de modificaciones significativas en los ordenamientos nacionales de muchos países-miembros.

La directiva es la primera intervención general con el propósito de promover la resolución alternativa de conflictos y consecuentemente un mejor acceso a la justicia, más simple y más rápido, consagrando la mediación en los casos civiles y comerciales como el paso necesario en el sentido de permitir el desarrollo y el funcionamiento adecuado de los procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios.

A pesar de que la norma, por ser comunitaria, tenga como foco inmediato la regulación de los conflictos transnacionales, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea entienden que la adopción de la mediación incluso en el escenario interno

de los países significaría: mayor rapidez en la solución de las controversias; un coste más bajo; la previsión de una mayor disposición de las partes implicadas en el cumplimiento espontáneo y la preservación de la relación amistosa entre los implicados.

Pero a lo que parece, a pesar de definir la mediación, la Directiva no tejió mayores límites a la práctica de la mediación, lo que habría impedido el acuerdo de los países europeos con visiones muy diferentes sobre la cuestión (MUÑOZ, 2009, p. 71).

Veamos que pasa hoy en algunos países europeos.

El Parlamento Italiano promulgó la Ley n.º 69 de 18 de junio de 2009, siguiendo el precepto del artículo 12 de la Directiva 2008/52/CE, que además de disponer sobre materias relacionadas con el desarrollo económico y las modificaciones del Código de Proceso Civil, trajo en el artículo 60 el instituto de la mediación, delegando al Gobierno y dentro del plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la citada ley, la edición de un decreto legislativo destinado a reglamentarla en el ámbito civil y comercial en el ordenamiento italiano.

Reglamentando esta Ley, el 4 de marzo de 2010 fue promulgado el Decreto Legislativo n.º 28, que regula tres tipos de mediación: “*mediazione facoltativa, mediazione concordata y mediazione obbligatoria*”. (DITTRICH, 2011, p. 2)

Como se puede imaginar, el núcleo más significativo y que viene causando un mayor impacto es esta última modalidad, elevada al estatus de condición de admisibilidad del proceso judicial.

Ante esta situación, algunas asociaciones profesionales plantearon una demanda ante el Ministerio de la Justicia y el Ministerio del Desarrollo Económico apelando al TAR del Lazio que decidió en 2011, que no eran infundadas las dudas suscitadas acerca de algunas disposiciones del decreto D. L. n.º 28/2010, tales como la excesiva delegación como se establece en el artículo 5º, y que la mediación como fase de pre-juicio, traduciendo la condición de admisibilidad de la acción, impide efectivamente el acceso a la justicia (VIGORITI, 2011, p. 248).

Además del TAR del Lazio, otros tribunales como el Tribunal de Génova y la Justicia de Paz de Catanzaro refuerzan aún más, en decisiones recientes, el perfil inconstitucional de la ley ante la Corte Constitucional italiana.

A la espera de oír el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de la validez de algunas disposiciones del decreto, las asociaciones de abogados italianos viene

solicitando la no aplicación del instituto por los tribunales, argumentando que el juez, a petición de cualquiera de una de las partes puede admitir la solicitud, recusándose a aplicar el artículo 5º del decreto por ser incompatible con la Carta Europea de los Derechos del Hombre. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011, p. 443-471).

A lo que parece, el principal objetivo de la reforma es ab(usar) de la mediación para resolver una grave crisis en la justicia civil, convirtiéndose en un instrumento de disminución de la carga de trabajo de los jueces y reducción del número de procesos.

Lejos de la polémica italiana, el legislador francés y el español no han hecho de la mediación un imperativo para los que están en conflicto.

El Código de Procedimiento Civil francés ya preveía la posibilidad de realización de mediación total o parcial de litigio, haciendo hincapié en la práctica en el ámbito judicial y esbozando algunos procedimientos integrados en la norma procesal a través del Decreto 96-652 de 1996; el Código Procesal Civil español integró la práctica mediativa en materia de familia en virtud de la Ley 15/2005, permitiendo que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso de común acuerdo, lo que a su vez, era permitido por la ley procesal durante un período máximo de 60 días, un tiempo bastante exiguo para una mediación.

Sin embargo, la Directiva Europea exige una aproximación más amplia acerca de los mecanismos de solución amistosa de los conflictos, lo que ha provocado significativas modificaciones en los ordenamientos jurídicos de los países miembros como ya se ha mencionado.

Y en esos países no fue diferente.

En cumplimiento de la Directiva, se publica el decreto 66 de 2012, pero que aún representa un avance tímido en el tratamiento de las ADRs en el país.

El decreto consagra la búsqueda de una solución amistosa del conflicto de forma convencional, a través de la mediación (que puede ser hecha por persona física o jurídica), conciliación o del proceso participativo. No les impone a las partes en cualquier fase procesal o pre-procesal.

La novedad traída por el decreto es el proceso participativo. Inspirado en el *Collaborative Law* común en países como los EEUU, Canadá, Australia, Reino Unido, las partes se lanzan a la búsqueda de un acuerdo para poner fin al litigio según los términos y las condiciones establecidas en un contrato firmado conjuntamente con la participación de

sus abogados. La comunicación no se realiza con la ayuda de un tercero neutral, sino a través de los abogados, en la forma convenida, pudiendo contar aún con el ayuda de un perito.

El decreto es reciente, pero lo que se espera es que la mediación o la conciliación convencionales, como legalmente consagradas, y la nueva herramienta revelada por el proceso participativo, puedan impulsar aún más a las partes y a los profesionales franceses a recurrir a estos medios amistosos de solución de conflictos como forma alternativa a la jurisdicción como propone la Directiva comunitaria.

España que ya había venido sufriendo severas críticas por el retraso en la transposición de la Directiva para su ordenamiento interno, se publica el 05 de marzo de 2012, el Decreto-Ley 5/2012 que finalmente regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluyendo de su ámbito de cobertura la mediación relativa a la administración pública, penal, en materia laboral y en las relaciones de consumo.

A pesar del tiempo transcurrido para la incorporación de la Directiva, es indiscutible que España ha dado un considerable paso adelante en lo que respecta a la regulación de la mediación, y acierta al preocuparse de hacer hincapié en el potencial que conlleva la instauración de la práctica de la mediación, impulsándola como alternativa a la jurisdicción o al arbitraje, consagrando la libre decisión de las partes para que se adhieran al procedimiento y a la elección del mediador.

Aunque la mediación ya había sido regulada y desarrollada en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas, sin embargo resultaba claramente insuficiente, al faltar una norma de ámbito estatal español, hasta el punto de que la propia Ley 15/2005 recomendaba al Gobierno la elaboración de un proyecto de ley sobre mediación basándose en las directrices establecidas por la Unión Europea.

Y el Decreto 5/2012 cumple este papel.

Promueve la mediación en el ordenamiento español como un instrumento eficaz de autocomposición de conflictos, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como se contempla en los títulos II y IV del Decreto. Destaca clara y objetivamente que la mediación es voluntaria, e incluso después de iniciarse, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni tampoco a concluir un acuerdo.

La ley procesal civil también ha sido cambiada para permitir la suspensión procesal si las partes desean mediar en el curso de una acción judicial (resaltando que en este caso

la suspensión tendrá la duración del tiempo de mediación) e incluso, dependiendo del objeto del litigio, permite al Tribunal que invite a las partes a participar en un procedimiento de mediación, derivándoles a una sesión informativa previa.

Además de resaltar la igualdad entre las partes, la imparcialidad de los mediadores, la neutralidad y la confidencialidad, el legislador español no impone ningún plazo límite para la realización de la mediación, limitándose a decir que el procedimiento será lo más breve posible. El legislador español acierta una vez más en el momento en que no impone un plazo para el término del procedimiento, que sabemos resulta imposible de prever, puesto que depende de la implicación emocional de las partes en el caso, o del objeto del litigio, entre otros factores. Lo deja en abierto y, por más que exija la brevedad, la mediación tendrá la duración que sea necesaria para resolver el conflicto.

El acuerdo celebrado por las partes podrá versar sobre todo o parte de las materias sometidas a la mediación, pudiendo formalizarse mediante una escritura pública para tener fuerza directiva, o bien realizarse en el curso de un proceso judicial y presentarse posteriormente a la homologación judicial, con el consiguiente sobreseimiento del proceso.

El nuevo Decreto-Ley español merece ser festejado. España promueve un importante avance en su ordenamiento procesal, dentro de un respetable nivel de transición legal, protegiendo la autonomía de la voluntad de las partes implicadas en un litigio, sin alejar sin embargo, la posibilidad de que el Tribunal pueda sugerir la mediación a las partes si así se entiende, atendidas las circunstancias del caso. Consagra coherentemente la técnica mediativa, respetando la naturaleza del instituto, sin la adopción de medidas procesales autoritarias, así como pone bien de manifiesto el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 5/2012:

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

El legislador británico se está dirigiendo a un horizonte semejante. Las *Civil Procedure Rules* tratan el uso de medios alternativos ante la Corte, pero de forma más amena.

Dispone la *Rule 1.4* que la Corte tiene la obligación de administrar (*manage*) activamente los casos, lo que incluye, entre otras medidas: “(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution*”.

En ese paso, como apunta Fernanda Pantoja (PINHO, 2008, p.192), la *English Court of Appeal*, en la decisión de mayo de 2004, limitó el poder de la *High Court* de imponer la posibilidad de mediación para los litigantes, bajo el argumento de que obligar a las partes que no desean mediar constituye una verdadera obstrucción al derecho de acceso a la justicia, por entender que un sistema compulsorio de mediación ofende el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho universal a un juicio justo, en tiempo razonable, por parte de un tribunal independiente e imparcial. (KIRMAYER; WESSEL, 2004, p.1)

Sin embargo, incluso sin imponer la mediación, hubo una significativa reducción del número de demandas, como apunta Chiara Besso (2010, p.14), y un considerable aumento en el número de mediaciones, de acuerdo con Neil Andrews. (2009, p.30)

Sentido inverso al inglés, siguió el legislador canadiense. En los años noventa tuvo inicio la implantación de un sistema de *case management* y de mediación obligatoria en algunas áreas escogidas en la provincia de Ontário, como parte de la reforma de la Justicia que se pretendía implementar.

Sin embargo, algunos problemas comenzaron a observarse (JACOBS, 2005, P. 1-3) y la crítica, a medida que la mediación se hacía obligatoria, resultó inevitable. La regla sería aplicada durante un período de dos años y solamente la Corte podría dispensar a las partes de participar en la mediación.

Partiendo de varios estudios comparativos entre el uso de la mediación obligatoria y de la voluntaria (JACOBS, 2005, p 1-3), y considerando que los Tribunales continuaban sobrecargados de casos pendientes de juicio, se decidió que algunos cambios eran inevitables. A partir de 2005, en un trabajo que contó con la participación de diversa asociaciones de *Alternative Dispute Resolutions* de Ontário, se estableció una nueva *Practice Direction* con el fin de hacer algunas modificaciones a la *Case Management Rule*.

Pero la regla relativa a la mediación obligatoria, aun cuando fue duramente criticada, acabó por imponerse.

En Brasil, la mediación empezó a tomar forma legislativa en 1998, pero fue en noviembre de 2010, cuando el Consejo Nacional de Justicia promulgó la Resolución n° 125, por el que se regularon las actividades de conciliación y mediación judiciales.

Ya con la Resolución 125 del CNJ en vigor, ante las perspectivas de regulación de la mediación judicial por el Nuevo Código de Proceso Civil que se desvanece, y aún, a pesar de la necesidad de tratar las cuestiones relativas a la integración entre la adjudicación y las formas autocompositivas, en agosto de 2011, fue presentado el Proyecto de Ley del Senado, con el número 517, que trabaja con conceptos más actuales y adaptados a la realidad brasileña.

Sin embargo, la cuestión más relevante, a nuestro parecer, está en la clara opción de la Comisión de Juristas por la forma facultativa, y no obligatoria de utilización de la mediación.

Conviene destacar esta cuestión, ya que en el pasado hubo una gran controversia acerca de este punto debido a uno de los aspectos más polémicos de aquella propuesta legislativa de 1998: la obligatoriedad de realización de este procedimiento en todos los procesos de conocimiento, salvo algunas excepciones dictadas por el proyecto.

Aunque la idea de imponer la mediación incidental en determinadas hipótesis sea bastante seductora, pensamos que ésta no es la mejor solución, e hizo bien el proyecto del nuevo Código de Proceso Civil al resistir a los falsos encantos de tal práctica.

Sin embargo, en América del Sur, Argentina fue uno de los países que promulgó un ordenamiento estableciendo claramente el carácter obligatorio de la mediación previa a los procesos judiciales, como requisito de admisibilidad de la demanda.

La prueba de que ese sistema se diferencia de los demás, la podemos encontrar en que durante cerca de diez años previamente a la publicación de la ley, el tema de la mediación fue objeto de discusión de toda sociedad; fue insertado en el contexto de la educación jurídica, se difundió en las escuelas, universidades y en los medios de comunicación, afectando no sólo a la formación del profesional del área jurídica, sino que también influyó en la formación social del ciudadano argentino.

Provocó una adhesión social a la práctica antes incluso de cualquier orden impuesto, confirmando la premisa de que la información y la educación son las impulsoras reales de la práctica de la mediación.

III. Consideraciones finales

Para que se cumpla el objetivo de un acceso efectivo a la justicia, más allá del mero acceso a los medios procesales, una combinación de numerosos mecanismos toma cuenta del Derecho y adquiere una importancia capital en este contexto en que las vías del Poder Judicial se encuentran obstaculizadas.

El derecho humano fundamental e imprescindible a un sistema jurídico innovador que se pretenda llevar a cabo “y no sólo proclamar el derecho de todos” (CAPPELLETTI, 1994, p. 12) debe ser el enfoque actual del proceso civil contemporáneo.

La mediación, a su vez, impregnada por la función social que se exige de los institutos jurídicos, respalda el intento de acceso a la justicia, y viene ocupando un lugar destacado en los ordenamientos jurídicos.

Junto con esta evolución, no podemos compartir la idea de una mediación o conciliación obligatoria. Es de la esencia de estos procedimientos la voluntariedad. Esta característica no puede ser nunca comprometida, incluso a pesar del argumento de que sea una forma de educar a la gente e implementar una nueva forma de política pública.

Creemos que el mejor modelo es aquel que informa las partes para que busquen una solución consensual, con todas sus fuerzas, antes de interponer una demanda judicial. No parece ser ideal la solución que preconiza sólo un sistema de mediación incidental muy bien construido, ya que de alguna manera habrá tenido que ponerse en marcha la maquinaria judicial, cuando, en muchos casos, esto podría haberse evitado.

Por otro lado, se precisa una cierta cautela para que no seamos víctimas de un bien arquitectado “golpe de marketing”. La forma en cómo la mediación viene siendo introducida en algunos ordenamientos distorsiona el instituto con la finalidad de servir a propósitos meramente estadísticos, y que están lejos de satisfacer a las necesidades del ciudadano.

Cabría pensar en una instancia previa y obligatoria de conciliación, para aquellas hipótesis en las que se discuta únicamente una cuestión patrimonial, o imponer sanciones por la no aceptación de un acuerdo razonable (como el pago de las costas del proceso o de los honorarios de los abogados, incluso en caso de victoria, cuando aquel valor sea

exactamente lo que fue decidido por el magistrado en la sentencia), pueden ser soluciones válidas (REUBEN, 2007, p. 971). Son ejemplos del derecho inglés y del derecho estadounidense que merecen ser estudiados.

Pero nunca en una mediación, donde hay cuestiones emocionales profundas, muchas veces inconscientes, que requieren tiempo, maduración y mutua confianza para ser expuestas y resueltas.

Someter la admisibilidad de la acción a un intento previo y obligatorio de mediación, en un caso de gran complejidad, conllevará una de las siguientes situaciones: a) las partes harán una mediación simulada y, después de dos o tres sesiones dirán que el acuerdo es imposible, cumpliendo, de esta forma, la condición legal que les fue impuesta; b) las partes se someterán a un procedimiento superficial, y la verdadera cuestión subyacente a aquel conflicto, que funciona como motor propulsor de toda aquella litigiosidad, quedará oculta y ni siquiera se examinará; c) las partes se negarán a participar en el acto, al saber que no hay condiciones de viabilidad en el acuerdo, y el juez rechazará la petición inicial, por ausencia de condición de procedibilidad que, probablemente, va inflamar más los ánimos.

Ninguna de estas hipótesis parece estar de acuerdo con la índole pacificadora de la moderna concepción de la jurisdicción.

De ahí la importancia de un preexamen de esta expresión con el fin de que, bajo el pretexto de garantizar el acceso a la justicia, la mediación no sea reducida a la mera oferta generalizada e incondicionada de un servicio, así como ha ocurrido con la jurisdicción.

Existe el riesgo de crear un mercado de “resoluciones de conflictos”, y no de mediadores, para satisfacer la demanda que se va formando. ¿Y cómo formar tan rápidamente y en larga escala a profesionales para actuar en los casos que se presentarán y que generalmente exigen experiencia y habilidades?

No nos parece razonable la premisa de que la mediación obligatoria es el único medio viable a la expansión del uso de la mediación.

La difusión del uso de la mediación, llevada a cabo en la forma descrita, es la más fácil y cómoda. Pero el ideal es que no sólo la mediación, sino también los demás métodos de resolución de disputas además de la jurisdicción, fuesen presentados en las universidades y a los operadores del Derecho y divulgados de forma general en la sociedad especialmente a través de las escuelas de formación básica.

Educar a la sociedad para resolver sus propios conflictos es una ardua tarea, especialmente cuando, por mucho que resulte frustrante la ineficacia de los servicios judiciales, es difícil romper un sistema que, a pesar de ser opresivo (BAUMAN, 2000, p. 79), resulta cómodo porque es conocido y familiar.

Sin embargo, es necesario reconocer que se está buscando una solución a la hipótesis de que la mediación sea la solución más adecuada, pero las partes la recusan en el caso de que no exista una razón admisible.

No se puede permitir que el poder judicial sea utilizado, se abuse del mismo o se le manipule por los caprichos de los litigantes que simplemente quieren luchar o llevar el conflicto a nuevas fronteras.

Somos de la opinión de que las partes deberían tener la obligación de demostrar al Tribunal que intentaron, de alguna forma, buscar una solución consensual al conflicto.

Sostenemos, como ya hemos apuntado anteriormente, una ampliación del concepto procesal del interés en actuar, acogiendo la idea de la adecuación, dentro del binomio necesidad-utilidad, como forma de racionalizar la prestación jurisdiccional y evitar la búsqueda innecesaria del Poder Judicial, o incluso del abuso del derecho de acción.

Podríamos incluso decir que se trata de una interpretación neoconstitucional del interés en actuar, que adecua esta condición para el regular ejercicio del derecho de acción a las nuevas concepciones del Estado Democrático de Derecho.

Conviene subrayar que Neil Andrews (2009, p. 273) destaca en su obra la obligación por parte de de las partes de explicar el motivo de la negativa a someterse a medios alternativos.

Pero ésta es sólo una de las facetas de esta visión. La otra, y quizás más importante, es la conciencia del propio Poder Judicial con respecto a que el cumplimiento de su papel constitucional no conduce, necesariamente, a la intervención en todo y cualquier conflicto.

Tal visión puede llevar a una dificultad de sintonía con el Principio de la Indelegabilidad de la Jurisdicción, a raíz de que el juez no puede escapar de su función de juzgar, es decir, si un ciudadano llama a las puertas del Poder Judicial, su acceso no puede ser denegado o obstaculizado, ya que está garantizado constitucionalmente.

Lo que debe aclararse es que por el hecho de que un jurisdicionado solicite la prestación por parte del Estado no significa que el Poder Judicial deba, siempre y necesariamente, ofrecer una respuesta de índole impositiva, limitándose a aplicar la ley al

caso concreto. Puede ser que el Juez considere que aquellas partes necesiten ser sometidas a una instancia conciliatoria, pacificadora, antes que a una decisión técnica.

En estas circunstancias, es evidente que la mayor preocupación del juez será la efectiva pacificación de aquel litigio, y no se conformará únicamente con dictar una sentencia, como forma de respuesta técnico-jurídica a la provocación del jurisdicionado.

Un juez garantista y pacificador. Aquí está el reto para el magistrado en tiempos del neoprocesalismo.

Tarea digna de Hércules, que sólo es posible con el uso adecuado de la mediación.

IV. Referencias bibliográficas

1. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Privatização do Processo?** in Temas de Direito Processual, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, pp. 7/18.
2. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000.
3. BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual.** vol. VI, p. 248/269, jul-dez. 2010.
4. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 8046/10, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.
5. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
6. CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. **Revista de Processo.** vol. 74, p. 82/97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
7. DITTRICH, Lotario. **Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010** in <<http://www.judicium.it>>. Acesso em 20 de outubro de 2011.
8. ESPANHA. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Ley 15/2005. Exposición de motivos. Modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Madrid, 2005. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/l15-05.htm>> Acesso em 15/02/12.
9. FRANÇA. Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012. Relatif à la résolution amiable des différends. **Journal officiel de la République Française**, Paris, 22 janeiro 2012, n°0019, p. 1280.

10. GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 2011. Tese doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
11. HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madri: Taurus. 1987.
12. HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**, 2a edição, Coimbra: Almedina, 2009.
13. ITÁLIA. Decreto Legislativo, 4 marzo 2010. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 4 marzo 2010.
14. JACOBS, Paul. A recent comparative history of mandatory mediation vs voluntary mediation in Ontario, Canada. **International Bar Association Mediation Newsletter**. Abril. 2005.
15. JIMÉNEZ, Daniel; FRANCO, Oscar. La mediación en España: retraso en la transposición de la directiva de mediación. In: *Derecho y Noticias Jurídicas*. 2011. Disponível em: <<http://www.diariojuridico.com>>. Acesso em : 15/02/12.
16. MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>.> Acesso em: 20/10/11.
17. MUÑOZ, Helena S.. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol. III, p. 66-88, jan-jun. 2009.
18. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. **DOXA**, nº 14, pp. 169-194. 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 14/11/09.
19. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). **Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63-80.
20. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.

21. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. **A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional.** <<http://www.humbertodalla.pro.br>>.
22. _____. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil.** vol 5, jan-jun.2010.
23. 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.
24. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de resolução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil.** vol VIII, p. 443-471, jul-dez. 2011.
25. REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Justice. **UCLA L. Rev.** vol. 47, p. 971. 2007
26. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da União Européia,** Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.
27. VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. **Revista de Processo.** n. 197, p. 339-355. 2011.
28. WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association.** p. 7-8 , spring. 2000.
29. WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador,** v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.
30. WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la mediation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal.** n. 16, p. 9-12. 2007.