

La perspectiva portuguesa de la institucionalización de la mediación

The Portuguese Perspective of the Institutionalization of Mediation

Daniela Pacheco

Rodrigues, Vasconcelos, Marques, Teles, Azadinho - Bufete de Abogados, Portugal

Manuscrito recibido: 25/07/2014

Manuscrito aceptado: 31/10/2014

Resumen: En el presente trabajo se va a analizar la temática de la mediación en el ordenamiento jurídico portugués. Empezaremos con el análisis de sus características básicas, a continuación vamos a presentar sus ámbitos públicos de acción –los sistemas públicos de mediación especializada y los sistemas públicos de mediación en los Juzgados de Paz– y, por último, se procederá a un breve estudio de la más reciente ley en esta materia: la Ley nº 13/2013 de 19 de Abril.

Abstract: In this article we intend to analyse mediation in the Portuguese legal system. We shall start by analysing its basic characteristics, to present further its field of action at a public level – public systems of specialized mediation and the mediation public systems at the Justice of the peace level – to conclude with a brief analysis of the latest piece of legislation passed in this regard: Act 13/2013 of 13 April.

Palabras Clave: Mediación, Portugal, Sistemas Públicos de Mediación, Juzgados de Paz, Ley nº 13/2013 de 13 de Abril.

Keywords: Mediation, Portugal, Public Systems of Mediation, Justice of Peace, Law 13/2013 of 13 April.

Colaboradora del Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Master en Derecho Criminal por la Universidad Católica Portuguesa. Abogada en prácticas en el Rodrigues, Vasconcelos, Marques, Teles, Azadinho - Bufete de Abogados, Portugal.

La autora desea agradecer a la Dr.ª Ana Maria Maia Gonçalves, profesora de la Universidad Católica Portuguesa y Presidente del Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML), a la Dr.ª Helena Soletto, profesora de la Universidad Carlos III de Madrid y Directora del Programa de Mediación UC3M, así como al equipo de dicho Programa, por las ejemplares lecciones aprendidas de todos ellos en materia de mediación.

La correspondencia sobre este artículo debe enviarse a la autora al E-mail: daniela.pacheco@sapo.pt

El creciente deseo del ciudadano en participar en la resolución de sus conflictos, asociado a la crisis del derecho (Hespanha, 2007), fueron factores que influyeron en el desarrollo de los medios alternativos de resolución de disputas, apuntados, además, como una de las posibles respuestas a la crisis de la justicia portuguesa (Silva, 2009). Desde la perspectiva de Mariana Gouveia, esta crisis observada es esencialmente una crisis de calidad de justicia y no de cantidad o de morosidad. Los medios de resolución alternativa de conflictos buscan dar respuestas precisamente en el ámbito de la calidad y no de la cantidad, contrariamente a lo que comúnmente se menciona, ya que, tales mecanismos postulan un abordaje diferente del conflicto, buscando la solución más adecuada (Gouveia, 2012, p. 22).

No obstante y pese a los recientes esfuerzos legislativos –la recién-publicada Ley de la Mediación (Ley nº 29/2013, de 19 de abril) y respetivas portarías (reglamento de desarrollo: Portarías nº 344/2013, de 27 de noviembre y nº 345/2013, de 27 de noviembre)– la mediación continúa siendo una realidad utópica en Portugal, visto el número reducido de mediaciones existentes y el escaso conocimiento sobre la misma en la sociedad en general y en la propia comunidad jurídica. En Portugal no son enseñadas asignaturas de mediación en los grados universitarios, consecuentemente los recién-jurista/abogados/jueces siguen insensibles a esta temática. Por todo eso se dice que, comparado con el resto del mundo desarrollado, Portugal permanece en la pre-historia en este área, señalando como factor el enraizamiento en nuestra cultura de que no cabe a terceros entrometerse en la «vida de los demás» (Bolieiro y Guerra 2009, p. 268).

La mediación constituye una vía alternativa y complementaria a la instancia judicial, que reduce los traumas y las heridas que eclosionan con la exposición pública de determinado litigio (Bolieiro y Guerra 2009, p. 265). Un acuerdo alcanzado en mediación puede abrir nuevas perspectivas a las partes en conflictos, dado que «(...) muchas veces son más las barreras a la comunicación que los puentes que se establecen, por lo que la intervención de una tercera persona, extraña al conflicto, puede quitar la fuerza intransigente de las posiciones asumidas» (Bolieiro y Guerra 2009, p. 269), concienciando a las partes de los intereses a salvaguardar.

Características de la mediación en el ordenamiento jurídico portugués

La mediación se asienta en la premisa de que las partes son las «dueñas del litigio», siendo ellas las que se encontrará la solución adecuada. Poseen el dominio del proceso, dependiendo de ellas el inicio, el desarrollo y el final de la mediación, pudiendo salir cuando quieran, ya que nada las obliga a alcanzar un acuerdo.

La función del mediador pasa por ayudar a las partes a comunicarse, conduciéndolas al camino del acuerdo que entiendan posible o adecuado, no dejándolas desviarse de sus

reales intereses, siempre intentando que su intervención, aunque determinante, sea lo menos visible posible. El mediador no negocia con las partes sino que conduce la negociación que ellas hacen entre sí. La noción de mediación actualmente establecida en el ordenamiento jurídico portugués es, por lo tanto, puramente facilitadora, es decir, el mediador simplemente ayuda las partes a dialogar, identificando los puntos esenciales que se presentan en el conflicto y propiciando la verdadera comunicación entre ambas. Así, con la ayuda del mediador, las partes intentarán vislumbrar el real conflicto existente, con lo que la solución encontrada sea satisfactoria para ambas. El objetivo es solucionar el problema restableciendo la paz social entre las partes. Tal fin se sobrepone, por completo, a la cuestión del derecho, es decir, no se trata de quién tiene razón sino de solucionar los problemas subyacentes al surgimiento del conflicto. El resultado pretendido es de victoria para ambas, frente a la idea de un vencedor frente a un vencido. Se trata, por eso, de un método de resolución de conflictos que se basa en los intereses y no en quién tiene la razón. De esta forma, no debe haber intermediarios, aunque las partes puedan ser ayudadas. Los abogados pueden acompañar o representar a las partes en la mediación, sin embargo, deberán adoptar una postura diferente de la tradicional, actuando en consonancia con el espíritu de colaboración y en la busca del mejor consenso. El papel principal no es suyo, sino de las partes.

No podemos, con todo, ignorar que la mediación necesita de la abogacía para integrarse plenamente en el sistema de Justicia. Conforme explica Mariana Gouveia, «es muy importante ganar a los abogados para la causa de la mediación. Cuando ocurra esa adhesión (y sólo entonces) la mediación tendrá condiciones para triunfar en Portugal. El ciudadano común no sabe lo que es la mediación. Si surge un problema, recurrirá a un abogado, no a un mediador. El abogado es, por eso, la persona ideal para aconsejar el método más adecuado al caso concreto.» (Gouveia, 2012, p. 47) La autora manifiesta que sugerir la intervención de un mediador no implica la disminución de trabajo y, consecuentemente, de la remuneración para el abogado. La satisfacción del cliente implicará su retorno para la resolución de otros problemas, de los cuales desistiría si el método judicial fuera el único disponible. Veamos el ejemplo americano: después de una oposición inicial a los medios de resolución alternativa de conflictos, los abogados americanos consiguieron superarla, porque «happy clients pay their bills». En este caso pasaron a reconocer la importancia de la mediación en el sistema jurídico y la importancia del apoyo a ella dado por los propios abogados. (Simac, 2009, p. 49).

La mediación puede ser integrada en el sistema jurídico de varias maneras: puede establecerse su obligatoriedad –como acontece en Italia o Mozambique– o crear sistemas de mediación facultativos –como ocurre en Portugal (en los Juzgados de Paz y, en general, en todos los Sistemas de Mediación Pú-

blica especializada). Hay una tendencia para integrar la mediación entre las opciones de las partes; sin embargo, su desarrollo no ha sido el esperado – pasó ya más de una década desde su implementación, y aun así, parece no ser tiempo suficiente para su efectivo éxito. Ante tal panorama, el establecimiento de la obligatoriedad de la mediación en algunas materias surge como una solución tentadora pero ¿sería adecuada tal solución? Como sabemos la mediación requiere la voluntad y la autodeterminación de las partes. Si se les obliga a mediar esto parece contradecir el principio básico, pudiendo hacer inviable el éxito de la mediación. Por regla general el ser humano vive muy mal la imposición de algo, así, la implantación de un sistema de este tipo sería mal acogida. Obligar a alguien a comparecer a las sesiones, forzando el acuerdo, no produciría los efectos deseados. Creemos que, antes de avanzarse con soluciones más radicales, sería importante promover una cultura social sobre cómo funciona la mediación, informar a los individuos concienciándolos de que la vía consensual de resolución de los conflictos es el mejor camino para la construcción de una sociedad más pacífica. Además, estudios demuestran que la tasa de acuerdo en la mediación obligatoria es inferior (46%) a de la mediación voluntaria (62%) (Wissler, 1997, p. 581).

Sistemas públicos de mediación

Los sistemas públicos de mediación en Portugal son creados y gestionados por entidades públicas y tratan de proporcionar a los ciudadanos formas rápidas de resolución alternativa de litigios, a través de servicios de mediación.

Según lo ya se ha mencionado, la mediación no tiene aún mucha tradición en Portugal, surgiendo en la década de los noventa del siglo XX, de la mano de entidades privadas. Sin embargo, se ha dado un aumento de esta forma alternativa de resolución de conflictos en varias esferas de intervención: desde la comercial a la familiar y escolar, pasando por la penal, pública e intercultural.

Inicialmente, Portugal optó por implementar la mediación a través de la difusión de sistemas de mediación, gestionados por una entidad pública, el Gabinete de Resolução Extrajudicial de Conflitos (GRAL) (Cebola, 2011, p. 354). En aquellos tiempos la mediación privada, no tenía un encuadramiento legal claro.

La primera experiencia de mediación con la estampa del Ministerio de la Justicia tuvo lugar en 1997, con la implementación de un Gabinete de Mediación Familiar con competencia para conflictos relativos a la regulación del poder de paternidad, en la comarca de Lisboa. Fácilmente se comprende que tanto el ámbito material como el ámbito territorial de este Gabinete eran muy limitados. Precisamente con el objetivo de superar esta insuficiencia, en 2007 entró en funcionamiento el

Sistema de Mediación Familiar. Se trata de un servicio público, creado con vista a la resolución extrajudicial de conflictos emergentes en el ámbito de relaciones familiares, en los cuales su utilización se muestra adecuada¹ y, cuya competencia abarca actualmente todo el territorio nacional.

Varios años después de aquella primera iniciativa en el área de la mediación familiar, (ámbito que más tradición tiene en el ordenamiento jurídico portugués) fue creado en 2006 el Sistema de Mediación Laboral, permitiendo a trabajadores y empleadores la resolución de ciertos litigios emergentes en materia de contrato individual de trabajo, como por ejemplo, la denegación del empleador en dar formación profesional al trabajador.²

Por otra parte la mediación penal, comenzó a surgir en Portugal a partir de una iniciativa promovida por la Facultad de Derecho de la Universidad de Porto en 2004, pero sólo fue expresamente introducida en el ordenamiento jurídico portugués en 2007, a través de la Ley nº21/2007, de 12 de junio. Se creó el Sistema de Mediación Penal, en cumplimiento de la Decisión Cuadro nº 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, que determina que los Estados-Miembros deben esforzarse por promover la mediación en el ámbito de procesos de naturaleza criminal.³ La mediación «víctima-agresor» se integra en la justicia restaurativa, buscando una reparación efectiva de la víctima y una rehabilitación del agresor, además o en vez de su castigo (Gouveia, 2012, p. 67).

Son, por lo tanto, tres los sistemas públicos de mediación existentes en Portugal: el Sistema de Mediación Familiar (SMF), el Sistema de Mediación Laboral (SML) y el Sistema de Mediación Penal (SMP). No obstante, la verdad es que actualmente son pocos las solicitudes de mediación recibidas por estos organismos, encontrándose, por eso, prácticamente fuera de servicio.

La mediación en los juzgados de paz

Fue con la creación de los Juzgados de Paz, por la Ley nº 78/2001, de 13 de julio, que la mediación tuvo una entrada (un poco) más evidente en el panorama jurídico portugués. En ese momento surgen los primeros cursos de mediadores, pasando a exigirse su certificación por el Ministerio de la Justicia, para que estos profesionales puedan actuar en el ámbito del sistema público de mediación y Juzgados de Paz. Fuera de los Juzgados de Paz y de los sistemas públicos de mediación, no es obligatoria la frecuencia de curso certificado por el Ministerio de la Justicia para realizar mediación. Además, nótese que el último concurso de mediadores para los Juzgados de Paz transcurrió ya en 2011, encontrándose estancado debido a problemas burocráticos.

¹ Para más información: Vide <http://bit.ly/1A0Ct3e> ² Para más información: vide <http://bit.ly/1JVnUDD> ³ Para más informaciones vide <http://bit.ly/1vAOYi6> (consultado a 10 de enero de 2014).

Consideramos pertinente tejer algunas consideraciones relativamente a estos tribunales, de cara a esclarecer su funcionamiento en Portugal. Los Juzgados de Paz fueron inspirados en los tribunales «multi-puertas», ideados por Frank Sander, los cuales se caracterizaban por ofertar un abanico variado de opciones para la resolución de litigios (Gouveia, 2012, p. 21). Así un proceso en el Juzgado de Paz puede ser resuelto por mediación, por conciliación o por juicio. De este modo los Juzgados de Paz constituyen una instancia de resolución de conflictos que agrupan, en una única institución, diversas ofertas de justicia.

En Portugal existen 25 Juzgados de Paz funcionando en cerca de 50 municipios.⁴ Son verdaderos tribunales, previstos en la Constitución de la República Portuguesa (artículo 209º, nº 2), que practican una justicia alternativa, caracterizada por la proximidad y por la tentativa de alcanzar un acuerdo que beneficie a las partes en conflicto (Ferreira, 2005, p. 46). Estos tribunales extrajudiciales, con características especiales, son competentes para apreciar causas de naturaleza civil -excluyendo las que envuelvan materias de Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho del Trabajo -de valor no superior a 15.000 €-, de forma rápida, simplificada y con costes reducidos (Nueva Ley de los Juzgados de Paz- Ley nº 54/2013, de 31 de junio, artículo 8º). Se parte del entendimiento de que las partes deben ser quienes resuelvan sus problemas, sin perjuicio de que el Juez de Paz decida por sentencia si no consiguen alcanzar por sí mismas una solución.

La tramitación en estos tribunales contiene dos momentos para la obtención del acuerdo: la mediación extrajudicial y la conciliación judicial. La mediación es realizada por un mediador, escogido por las partes o indicado por los servicios del Juzgado de Paz. La conciliación es intentada por el juez, en el inicio de la sesión de juicio. En la opinión de Mariana Gouveia, «en los Juzgados de Paz la motivación para el acuerdo es más fuerte que en los tribunales judiciales (...) en la medida en que se sabe que el juez va esforzarse por agotar todas las posibilidades de obtención del acuerdo» (Gouveia, 2012, p. 291).

Dado que el cambio de paradigma necesario para la aceptación de la mediación aún no tuvo lugar en la esfera de los abogados portugueses, se verifica que, en Portugal, este medio alternativo de resolución de conflictos sólo tiene lugar, precisamente, en los Juzgados de Paz. La mediación privada, definida como voluntariamente elegida por las partes fuera del sistema público, aún no se encuentra específicamente regulada (Gonçalves y Leitão, 2012). Además, de conformidad con el artículo 8º de la Ley nº 54/2013, de 31 de julio, las causas hasta €15.000 pueden ser instauradas en los Juzgados de Paz o en los Tribunales Judiciales, siendo esa una opción de las

partes. Atendiendo a que, la mayoría de los abogados continúa subyugado a la forma tradicional de litigación (es decir, la judicial), fácilmente se concluye que los Juzgados de Paz son una opción poco considerada y, de esa forma, contribuyen al cultivo, en la comunidad jurídica, del mito de que estos no son verdaderos tribunales.

Regulación de la mediación: Ley nº29/2013, de 19 de abril

Para promover el recurso a la mediación se consideró esencial la creación de un soporte legislativo que estableciera las bases de este medio de resolución alternativa de litigios, tanto a nivel de sus principios y de las reglas deontológicas aplicables a los mediadores, como en el plan del proceso y del procedimiento de la mediación. En este sentido, fue recientemente publicada en Portugal la Ley nº29/2013, de 19 de abril.

Hasta su entrada en vigor asistíamos a una dispersión legislativa de las normas relativas a la mediación, a una regulación detallada de los sistemas públicos de mediación y a un vacío legal en lo que respeta a la mediación privada, con el debate sobre la aplicación de las normas de los sistemas públicos de mediación a los procedimientos ocurridos fuera de aquellas estructuras (Lopes y Patrão, 2014, p. 12). La verdad es que la implementación de la mediación no debe ceñirse a sistemas públicos. En consonancia con la Directiva 2008/52/CE, -transpuesta para el ordenamiento jurídico portugués a través del Decreto-Ley 29/2009 de 29 de junio, que introdujo en el Código de Proceso Civil los artículos 249.º A, B e C y el artículo 279.ºA- este medio alternativo de resolución de controversias debe ser integrado en el ámbito de los procedimientos de resolución de conflictos paralelamente al sistema de justicia tradicional, lo que implica la reglamentación de la mediación privada (Cebola, 2011, p. 381).

La Ley nº 29/2013, de 19 de abril pretende, así, afirmarse como régimen general de la mediación que consagra los principios generales aplicables a la mediación realizada en Portugal (enumerados en los artículos 3.º a 9.º de la Ley nº 29/2013, a saber: el principio de la voluntariedad, de la confidencialidad, de la igualdad y de la imparcialidad, de la independencia, de la cualificación y de la responsabilidad y, por último, de la ejecutoriedad). Tales normas se refieren al ámbito de la mediación privada, del sistema público de mediación de los Juzgados de Paz y de todos los sistemas públicos de mediación especializada (familiar, laboral y penal). Establece, detalladamente, el procedimiento aplicable a la mediación civil y comercial (en sus artículos 10.º y siguientes), -desde su inicio, a la elección del mediador de conflictos, presencia de las partes, abogados y otros técnicos en las sesiones de mediación-; el fin del procedimiento de mediación, el acuerdo, y, por último, la duración y suspensión del procedimiento. Define el régimen jurídico de los mediadores (artículos 23º y siguientes) regulando aspectos

⁴ La lista actualizada puede ser consultada en: <http://bit.ly/1AVL6gX>

relativos al acceso a la actividad, a su formación y las respectivas entidades formadoras (organismos privados, con acreditación conferida por el Ministerio de la Justicia portugués), a sus derechos y deberes, así como, impedimentos y remuneración de estos profesionales; y, por último, dispone sobre el régimen jurídico de los sistemas públicos de mediación (artículo 30.º y siguientes), que proporcionan a los ciudadanos formas rápidas de resolución alternativa de litigios, a través de servicios de mediación creados y gestionados por entidades públicas.

Los mediadores actúan en consonancia con las reglas de la Ley de la Mediación, en la Ley de los Juzgados de Paz y en el Código de Conducta Europeo para Mediadores, al no existir un Código Nacional de Conducta para Mediadores. Existen orientaciones en cuanto a la forma como deben ser conducidas las sesiones de mediación, en cuanto a los métodos que pueden ser utilizados para conseguir una comunicación o relación constructiva con las partes y en cuanto a los términos en que los mediadores pueden proponer acuerdos. Además, nada impide que cada organización defina y publicite un Código de Conducta Profesional del Mediador. El sistema público de mediación, por su parte, tiene un comité de supervisión que controla la conducta de los mediadores. A través de estos mecanismos se asegura la confianza en relación a los mediadores y a la mediación

La garantía de calidad de la mediación es un aspecto muy acentuado en la Ley de la Mediación –está patente, por ejemplo, en el artículo 24.º, en lo que respecta a «Formación y entidades formadoras» y en el artículo 43.º, relativo a la «Fiscalización del ejercicio de la actividad de mediación»–.

Esta ley se asume, por lo tanto, como un verdadero marco en la mediación nacional, con vistas a contribuir a la mayor información y divulgación de este mecanismo y, consecuentemente, para una mayor utilización de este medio, ofertando a los ciudadanos y a las empresas una solución complementaria a la vía judicial. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Ley nº116/XII que dio origen a la presente ley es asumido que: *«La existencia de una ley de mediación como esta, al regular una materia en la cual se identifican claras lagunas y al unificar en un único diploma regímenes que se encuentran hoy dispersos, contribuirá para una mayor divulgación de la mediación y consecuentemente para una mayor utilización de este mecanismo».*

Consideraciones finales

En consonancia con datos divulgados, en 2012 los Juzgados de Paz trataron 10.971 procesos lo que, comparativamente con el número de procesos de los tribunales judiciales (870.000 procesos registrados), representa 1.26% de los procesos tratados por la justicia portuguesa. Solamente 2.167 de esos procesos fueron resueltos en mediación. Si comparáramos este número

con los 870.000 procesos de los tribunales, denotamos que la mediación resolvió apenas 0,24% de los procesos⁵. Tenemos así una idea del papel «microscópico» que la mediación representa en los Juzgados de Paz (y no olvidando que en la esfera privada es prácticamente inexistente). Es caso para decir: «Welcome to portuguese mediation: a dream».

A pesar de la crisis que se vive en el sector de la justicia y del creciente deseo del ciudadano en participar en la resolución de sus conflictos, la mediación en Portugal no presenta todavía señales de auténtico desarrollo. La forma tradicional de resolución de controversias, es decir, la judicial, se ha revelado incapaz de responder a tiempo al aumento de los litigios. En consonancia con algunas estadísticas, en la justicia civil, la duración media de los procesos en los tribunales es de 29 meses⁶ pero, aun así, particulares y empresas no valoran la resolución extrajudicial de conflictos, como una herramienta ágil, segura, rápida y discreta.

La Ley nº 29/2013 dio un encuadramiento jurídico a la mediación. Esperamos que este impulso sea aprovechado por los usuarios de la justicia, ciudadanos, empresas, abogados y magistrados, para que este medio alternativo y consensual de resolución de litigios se consolide en nuestro país. La realidad socio-económica portuguesa requiere nuevas formas de actuar en la resolución de los conflictos y creemos que la mediación es una preciosa puerta de entrada en la justicia, pero no es suficientemente valorada en Portugal, todavía.

Como refería Stephen Goldberg, es necesario introducir la enseñanza de la mediación, tanto en la educación superior, como en el cotidiano. Para difundir estos ideales sería importante contar con el apoyo de las universidades y colegios profesionales de la justicia, que a través de la introducción de asignaturas en los grados universitarios, y acciones formativas, fomentasen el uso de la mediación en sus numerosas ramas. También sería muy importante concienciar los ciudadanos en general, para que conozcan la mediación, a través, primordialmente de sus abogados, que no pueden permanecer subyugados a la forma tradicional de litigación (es decir, la judicial), sino contemplar la mediación como una opción tan válida como la judicial. Estarían así reunidos los puntos de partida.

La mediación es un camino, una vía diferente, que puede abrir nuevas puertas, y en la cual debemos invertir para bien de nuestro futuro en sociedad. Aunque integrada ya formalmente en el sistema de Justicia portugués, su éxito sólo ocurrirá plenamente cuando forme parte de la cultura social portuguesa, que a pesar de no ser todavía realidad, comienza a dar los primeros pasos (Gouveia, 2012, p. 34). Y los Tribunales sólo tienen que creer en ella, sin no obstaculizar o destruir su implementación, dejándola «entrar en sus muros» (Bolieiro y Guerra, 2009, p. 278).

⁵ Datos consultados en: <http://bit.ly/1JVnT2J> ⁶ Consultar: <http://bit.ly/1A0BT5F> y <http://bit.ly/1HPIeCy>

EXTENDED SUMMARY:

The Portuguese Perspective of the Institutionalization of Mediation

Daniela Pacheco

Rodrigues, Vasconcelos, Marques, Teles, Azadinho - Bufete de Advogados, Portugal

Abstract: In this article we intend to analyse mediation in the Portuguese legal system. We shall start by analysing its basic characteristics, to present further its field of action at a public level – public systems of specialized mediation and the mediation public systems at the Justice of the peace level – to conclude with a brief analysis of the latest piece of legislation passed in this regard: Act 13/2013 of 13 April.

Keywords: Mediation, Portugal, Public Systems of Mediation, Justice of Peace, Law 13/2013 of 13 April.

The growing wish of citizens to participate in the resolution of conflicts, linked to the legal crisis (Hespanha, 2007), was the main factor for the development of alternative forms of dispute resolution, and it was also indicated as one of the possible responses to the Portuguese justice crisis (Silva, 2009). However, and despite the recent legislative efforts, mediation in Portugal is still a utopic reality, given the reduced number of mediations that are conducted, and the lack of knowledge about it by the society at large and even the legal community.

Characteristics of Mediation in the Portuguese. Legal System

The notion of mediation currently established in the Portuguese legal system is that of facilitation. Mediation can be integrated into the legal system in different ways: it can be established as a compulsory measure or as optional mediation systems. The trend is to integrate mediation as an option for the parties; however, its development has not been as expected – more than a decade has passed since it was introduced, and even though, it has not been enough for effective success. Facing

this situation, establishing mediation as compulsory in some matters seems to be an enticing solution but, what would it be such a solution?

Mediation Public Systems

Mediation public systems in Portugal are created and managed by public entities in order to provide citizens with quick ways to alternatively resolve disputes via mediation services.

As stated above, mediation does not have a long tradition in Portugal, as it emerged in the 90's of the 20th century, and it was introduced by private entities. However, the alternative form of conflict resolution has been growing in different fields of intervention: from commercial to family and school, and also penal, public and intercultural. Initially, Portugal decided to implement mediation via the dissemination of mediation systems that were managed by a public entity called «Gabinete de Resolução Extrajudicial de Conflitos» (GRAL) (Cebola, 2011, p. 354). At that time, private mediation did not have a clear legal framework. The first mediation experience with the brand of the Ministry of Justice occurred in 1997, as a result of the creation of the Mediation Department that had the power to deal with conflicts related to the regulation of parental authority in the region of Lisbon. In 2007, the Family Mediation System was set up. It is a public service created to resolve the conflicts that emerge within families out of court; using it in this kind of conflicts proves to be appropriate⁷, the service covers currently the entire national territory.

Several years after this first initiative, the Labor Mediation System was set up in 2006, which allows workers and employers to resolve emerging disputes concerning individual work contracts⁸.

Penal mediation started to emerge in Portugal as a result of an initiative promoted by the Law School of the Porto University in 2004, but it was only introduced in the Portuguese legal system in 2007 when Act 21/2007 of June 12th was passed.

These are, therefore, the three mediation public systems in Portugal: the Family Mediation System (FMS), the Labor Mediation System (LMS) and the Penal Mediation System (PMS). However, currently there are a few requests for mediation at these entities, and it is practically out of service.

Collaborator of the In-Court Mediation Program of Universidad Carlos III of Madrid. Degree in Law by the School of Law of the University of Coimbra. Master's degree in Criminal Law by the Catholic University of Portugal. Intern lawyer at the Firm Rodrigues, Vasconcelos, Marques, Teles, Azadinho, Portugal.

The author wishes to acknowledge Dr. Ana Maria Maia Gonçalves, professor at the Portuguese Catholic University and President of *Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos* (ICFML), Dr. Helena Soletto, professor of Carlos III University of Madrid and Director of the Mediation Program UC3M, and also the team members of this Program for the exemplary lessons learned from them in mediation matters. Mails on this article should be sent to the author to the following e-mail address: daniela.pacheco@sapo.pt

⁷ See <http://bit.ly/1AOct3e> (consultado a 10 de enero de 2014) ⁸ For further information see <http://bit.ly/1JVnUDD> (consulted on January 10, 2014)

Mediation in Justices of the Peace

Thanks to the creation of Justices of Peace by Act 78/2001 of July 13 mediation became (a little) more evident in the Portuguese legal panorama. At that time the first courses for mediators were organized, and the Ministry of Justice started to require their certification so that practitioners could act in the field of the public system of mediation and justices of the peace.

In Portugal there are 25 Justices of the Peace in almost 50 municipalities.⁹ They are true courts, envisaged by the Constitution of the Portuguese Republic (Article 209, Section 2), which exercise alternative justice that is characterized by proximity and the attempt to reach a settlement that benefits both parties in the conflict (Ferreira, 2005, p. 46). These out of court tribunals have the power to deal with civil cases—except for those that involve Family Law, Law of Succession and Labor Law—with a value in excess of €15,000–, (New Act on Justices of the Peace 54/2013, of June 31, Section 8). The bottom line is that parties must be those who resolve their problems, without prejudice to the Justice of the Peace making a decision in the event they do not reach a settlement by themselves.

Dealing with this at these courts has two important moments to reach an agreement: out of court mediation and judicial conciliation. The mediation is carried out by a mediator, chosen by the parties or appointed by the Justice of the Peace. The conciliation is an attempt of the judge at the beginning of the trial session. According to Mariana Gouveia, *«at the Justice of the Peace the motivation for settlement is stronger than in judicial courts (...) as it is known that the Judge is going to endeavor to exhaust all possibilities to reach an agreement»* (Gouveia, 2012, p. 291).

Given that the necessary paradigm change for the acceptance of mediation has not yet taken place in the world of Portuguese lawyers, this alternative form of conflict resolution only occur in Portugal, precisely, in Justices of the Peace. Private mediation, defined as voluntarily chosen by the parties outside the public system, is not yet regulated. (Gonçalves and Leitão, 2012). Moreover, according to Article 8 of Act 54/2013 of July 31, cases up to €15,000 can be dealt with at Justices of the Peace or Judicial Courts, as decided upon by the parties. Knowing that most lawyers are still subject to the traditional litigation form (i.e., judicial) we can easily conclude that Justices of the Peace are a less considered option, and for this reason they contribute to the myth that affirms that these are not true courts.

Regulation of Mediation: Act 29/2013 Of April 19

In order to promote mediation it was considered that creating a legislative support was essential to establish the bases of the alternative resolution of conflicts, both concerning its principles and the code of ethics applicable to the mediators and the process plan and the mediation procedure. In this regard, Act 29/2013 of April 19 was recently passed in Portugal. Until its coming into force, we use to have a legislative dispersion of the norms related to mediation, a detailed regulation of the mediation public systems and a legal loophole concerning private mediation, and the debate on the application of the norms of the mediation public systems to the procedures occurred outside these structures (Lopes and Patrão, 2014, p. 12). The implementation of mediation should not be bound only to the public systems. According to Directive 2008/52/CE, –transposed to the Portuguese Legal System through Decree Law 29/2009 of June 29 that introduced articles 240 A, B and C and Article 279 A into the Civil Process Code– this alternative form to resolve disputes must be integrated also into the traditional justice system, which implies the regulation of private mediation (Cebola, 2011, p. 381).

Act 29/2013 of April 19 aims at becoming the base for the general mediation regime affirming the general principles applicable to the mediations conducted in Portugal. These norms refer to the field of private mediation, the mediation public system in Justices of the Peace and all the public systems of specialized mediation (family, labor, and penal). It established in detail the procedure applicable to civil and commercial mediation (in articles 10 and subsequent); the goal of the mediation process, the settlement and, lastly, the duration and suspension of the procedure. It defines the legal regime of mediators (articles 23 and subsequent), referring to aspects related to their access to activity, their education and the respective education entities, their rights and duties, as well as impediments and remuneration of practitioners; and, lastly, it regulates the legal regime of the mediation public systems (article 30 and subsequent) that provides citizens with fast alternative resolutions of conflicts via the mediation services created and managed by public entities.

Mediators practice under the Mediation Act, the Act on Justices of the Peace, and the European Code of Conduct for Mediators, as there is no National Code of Conduct of Mediators. Guidelines exist on how mediation sessions should be conducted, the methods to be used to achieve communication or constructive relations between the parties and on the terms mediators can propose settlements. Moreover, nothing hinders organizations to define and publicize a Professional Code of Conduct for Mediators. The mediation public system, in turn, has a supervision commission that controls the conduct of mediators. If these mechanisms are implemented,

⁹ The updated list can be seen at: <http://bit.ly/1AVL6gX> (consultado a 12 de enero de 2014)

trust in relations is assured concerning mediators and mediation itself.

Quality assurance for mediation is pinpointed by the Mediation Act –it becomes obvious, for instance, in article 24 that refers to the «Training and training entities» and in article 43 that refers to the «Supervision of the practice mediation»–.

This piece of legislation is considered, therefore, as a true framework for national mediation, aimed at contributing to more information and dissemination of this mechanism, and, as a result, to a higher use of this form that offers citizens and companies a solution that is complementary to the judicial way.

Final Considerations

According to the data presented in 2012 on Justices of the Peace, 10,971 cases were dealt with, of which 2,167 were resolved thanks to mediation. If we compare this figure with the 870,000 cases dealt with at courts, we can see that mediation resolved only 0.24% of the cases¹⁰. This gives us an idea of the «microscopic» role mediation plays in Justices of the Peace.

Despite of the crisis in the justice sector and the growing wish of citizens to participate in the resolutions of the conflicts, mediation in Portugal does not show signs of a true development. The traditional resolution form, i.e. the judicial form, has proven to be unable to respond on time to the increase in the number of disputes. As indicated by some statistics, in civil justice the average duration of court cases is 29 months¹¹ and even though, individuals and companies do not consider out of court resolution of conflicts as an agile, sure, fast and discreet tool.

Act 29/2013 gave mediation a legal framework. We hope this momentum will be used by justice users, citizens, companies, lawyers and judges so that this form of resolution can be consolidated in our country. The Portuguese socioeconomic reality requires new ways of acting to resolve conflicts, and we believe that mediation is a precious access to justice, although it is not yet sufficiently valued in Portugal.

Referencias

- Bolieiro, H. y Guerra, P. (2009). *A Criança e a Família – uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cebola, C. M. (2011). Los sistemas de mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España. En F. Martín (coord.). *La Mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* (pp.351-385). Santiago de Compostela: Andavira Editora.
- Ferreira, J. O. (2005). *Justiça de Paz – Julgados de Paz*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gonçalves, A. M. y Leitão, T. M. (2010). *Local Perspective on Mediation*. Paris, Francia: Union Internationale des Avocats.
- Gouveia, M. F. (2012). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios* (2ª Ed.). Coimbra: Almedina.
- Hespanha, A. M. (2007). *O Caleidoscópio do Direito*. Coimbra: Almedina.
- Lopes, D. y Patrão, A. (2014). *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina.
- Silva, P. C. (2009). *A Nova Faze da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Simac, S. (2009). Attorneys and Mediation. En L. Vasconcelos (Ed.) *Mediation In Action - A Mediação em Acção*. (pp. 15-69). Coimbra: Mediarcom/MinervaCoimbra.
- Wissler, R. (1997). The Effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts. *Willamette Law Review*, 33, 565-604.

Webibliografía

- <http://bit.ly/1AVL6gX> (Consultado a 12 de enero de 2014)
- <http://bit.ly/1wtiVj2> (Consultado a 10 de enero de 2014)
- <http://bit.ly/1wSiV1x> (Consultado a 10 de enero de 2014)
- <http://bit.ly/1JVnUDD> (Consultado a 10 de enero de 2014)
- <http://bit.ly/1CNEenY> (Consultado a 10 de enero de 2014)
- <http://bit.ly/1xqKlxf> (Consultado a 10 de enero de 2014)
- <http://bit.ly/1A0BT5F> (Consultado a 3 de diciembre de 2013)
- <http://bit.ly/1HPleCy> (Consultado a 3 de diciembre de 2013)
- <http://bit.ly/1JVnT2J> (Consultado a 3 de diciembre de 2013)
- <http://bit.ly/1D0OKpg> (Consultado a 3 de diciembre de 2013)
- <http://bit.ly/1JVnWvr> (Consultado a 3 de diciembre de 2013)

¹⁰ Data consulted at: <http://bit.ly/1JVnT2J>, (consulted on December 3, 2013). ¹¹ Consult: <http://bit.ly/1A0BT5F> y <http://bit.ly/1HPleCy> (consulted on December 3, 2013).