

CONTRIBUCIONES A UN NUEVO PERFIL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

AMANDA INÊS MORAIS SAMPAIO

Universidad Tiradentes
UNIT. Aracaju (Brasil)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MEDIACIÓN EN BRASIL A LA LUZ DE LA ACTUAL DINÁMICA PROCESAL DE COOPERACIÓN. III. LA COMPATIBILIDAD DEL PAPEL DEL ABOGADO Y LA ESENCIA DE LA MEDIACIÓN. IV. EL ABOGADO COLABORATIVO ANTE LA MEDIACIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES.

Resumen: La mediación ha sido cada vez más valorada en el ordenamiento jurídico brasileño, especialmente después de la Resolución 125/2010 del *Conselho Nacional de Justiça*¹, que estableció la política judicial nacional para el adecuado tratamiento de los conflictos, y el advenimiento de normas que la disciplinan, como el Código de Procedimiento Civil brasileño de 2015 y la Ley 13.140/2015. La mediación se presenta como un instrumento capaz de promover una cultura de paz, logrando una amplia aplicación en la realidad social, especialmente por parte de los actores de la justicia. Corresponde al abogado ejercer un papel relevante en la mediación, colaborando para su aplicación en sus diversos ámbitos, extrajudiciales, paraprocesales y judiciales, a través de un perfil colaborativo a fin de garantizar la legitimidad de ese adecuado método de resolución de conflictos.

Palabras clave: Acceso a la Justicia. Colaboración. Conflictos. Diálogo. Pacificación.

Abstract: Mediation has been increasingly valued in the Brazilian legal system, especially after Resolution 125/2010 of the *Conselho Nacional de Justiça*, which established the national judicial policy for the adequate treatment of conflicts, and the advent of norms that discipline it, such as the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 and Law 13,140/2015. Mediation is presented as an instrument capable of promoting a culture of peace, achieving broad application in social reality, especially by justice actors. It is up to the lawyer to play a relevant role in mediation, collaborating for its application in its various areas, extrajudicial, paraprocedural and judicial, through a collaborative profile in order to guarantee the legitimacy of this appropriate method of conflict resolution.

Keywords: Access to Justice. Collaboration. Conflicts. Dialogue. Pacification.

¹ Traducción libre: Consejo Nacional de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

La mediación² se presenta como un método consensuado para el manejo adecuado de los conflictos que ha ganado importancia en Brasil, especialmente en la última década. Es un dispositivo adecuado para restablecer la comunicación entre personas, especialmente cuando se trata de una relación en curso. El éxito de la mediación se debe a la perspectiva positiva de los conflictos, ya que se entiende que el manejo adecuado de las controversias trae beneficios a las personas.

Así, se desvanece la necesidad de llevar un conflicto trabajado por mediación al Poder Judicial, resultando en un medio colaborativo para reducir el hacinamiento judicial, aunque no sea su razón de existir. Asimismo, se demuestra como un mecanismo que coopera con el acceso a la justicia, ya que enseña a las personas como solucionar, o mejor administrar, sus conflictos, incluso fuera del ámbito judicial, a través de la mediación extra-judicial.

También con el objetivo de que predomine la cultura de paz, a través del texto del Código de Procedimiento Civil vigente, se encuentra valedero el sistema cooperativo, en que todos los participantes en un proceso deben colaborar por una disposición legal justa y con una duración razonable. Además, la colaboración también se refleja en el uso cada vez más accesible de medios adecuados para abordar los conflictos, incluida la mediación.

Ante ese panorama, es necesario estudiar el papel del abogado como actor impulsor de esos cambios. Así, se evalúa específicamente su participación y contribución en la mediación de conflictos. A lo largo de la investigación, la intención es responder: ¿por qué reconocer al abogado como actor relevante en la mediación y cómo compatibilizarlo con la esencia de la mediación?

Las hipótesis iniciales son: el abogado es un agente esencial en la administración de la justicia que puede difundir en gran medida la mediación y apoyar la implementación de la cultura de paz. Por consiguiente, es necesario construir un perfil colaborativo del abogado.

Para lograr ese objetivo, el primer capítulo aborda el panorama de la mediación en Brasil, su normatividad, especialmente presentando las nuevas dinámicas procesales que trajo el Código de Procedimiento Civil de 2015,

² En Brasil, la mediación equivale a la mediación *facilitativa*, mientras que la conciliación es similar a la mediación *evaluativa*.

vigente, en el que la cooperación entre los actores procesales. Entre ellos, se incluyen abogados, quienes deben también incentivar el uso de los medios adecuados de resolución de conflictos, como la mediación.

En el siguiente capítulo se analizará la práctica jurídica para comprender sus reglas éticas y límites de actuación, para adentrarse en el problema de investigación sobre cómo compatibilizar la función del abogado con la esencia de la mediación.

En el último capítulo, para responder al problema de la investigación, “¿cómo puede el abogado contribuir a la mediación de conflictos?” inicialmente, los contornos de la tarea del abogado se perfilarán en los distintos ámbitos de la mediación: extrajudicial, paraprocesal y judicial. También se expondrán algunas cuestiones sobre la participación obligatoria del abogado en la mediación y su impacto en el acceso a la justicia. Y solo entonces se presentará un nuevo perfil del abogado para la mediación, basado en la colaboración.

Para la conducción metodológica del estudio: el método utilizado es el hipotético-deductivo, ya que se pretende verificar la viabilidad de la hipótesis construida. También se observa el método deductivo, al analizar el panorama del poder judicial actual, la inserción de la mediación de conflictos y sus peculiaridades, para luego hacer consideraciones sobre la participación del abogado.

Se utiliza la investigación bibliográfica, con análisis de materiales científicos nacionales y extranjeros, como normas, libros, revistas, artículos científicos, tesis y disertaciones. También se evidencia un estudio interdisciplinario del tema, ya que la mediación de conflictos permea varios campos del conocimiento.

II. MEDIACIÓN EN BRASIL A LA LUZ DE LA ACTUAL DINÁMICA PROCESAL DE COOPERACIÓN

El derecho de acceso a la justicia se infiere del texto constitucional brasileño, específicamente en su artículo 5, inciso XXXV, “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial ningún perjuicio o amenaza a los derechos”³. La hermenéutica actual sobre el acceso a la justicia ha ampliado su alcan-

³ Traducción libre de “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

ce, reconociendo dos categorías, a saber, el acceso a la justicia procesal y material. Desde la perspectiva procesal, la Justicia es considerada como el ámbito del Poder Judicial, es decir, el acto de entablar una demanda y así tener una respuesta del Estado, a fin de satisfacer su cuestión.

Su perspectiva material corresponde a una multiplicidad de posibilidades para obtener una solución a un conflicto, de manera que también sea garantizado el contradictorio, por un período de tiempo razonable, generando una decisión satisfactoria y definitiva. De ese modo, los métodos de resolución de disputas han ganado espacio, incluido el legal, para actuar junto al Poder Judicial en la búsqueda de decisiones justas para las disputas sociales⁴. Este llamado sistema de puertas múltiples se utiliza para lograr el acceso a la justicia material.

Uno de esos medios adecuados para la resolución de conflictos es la mediación, que tiene tres marcos legales en Brasil: la Resolución 125/2010 del *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ); la Ley 13.105/15, el Código de Procedimiento Civil de 2015 (CPC/15) y la Ley de Mediación 13.140/15 (LM). Tales normas constituyen el microsistema brasileño de justicia consensual, como afirma Grinover⁵. Además, generalmente son compatibles y complementarios entre sí.

El Código de Procedimiento Civil de 2015 trae consigo un nuevo paradigma, tiene como objetivo buscar la resolución de conflictos interpersonales de manera cooperativa, y antes de cualquier proceso judicial. Incluso si se presenta una demanda, es necesario reflexionar sobre la construcción de consensos, mediante la participación de un tercero que rescata el diálogo entre las partes en conflicto. Fernanda Tartuce⁶ aclara que se establece una nueva mirada para el proceso civil brasileño, para el acceso a la justicia, que se centra en la construcción de consensos, poder de decisión de las partes en conflicto, oralidad, habilidades para negociar y mediar y cooperación.

⁴ A. I. M. SAMPAIO y R. F. V. ALVES, “A mediação sanitária como alternativa à judicialização do direito à saúde”, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito*. v. 5. Goiânia, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2019, pág. 13.

⁵ A. P. GRINOVER, “O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades”, *Brasília*, Advocacia-Geral da União, 2016, pág. 15-36. Disponible en <https://repositorio.usp.br/item/002788622>.

⁶ F. TARTUCE, “*Conciliação em juízo: questionamentos relevantes*”, 2017. Disponible en <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2019/01/Concilia%C3%A7%C3%A3o-questionamentos-FernandaTartuce-versao-parcial.pdf>.

En 2015, se inauguró en Brasil un nuevo sistema procesal civil, con el Código de Procedimiento Civil, basado en la lógica cooperativa, con el estímulo antes y durante todo el proceso del uso de métodos adecuados de resolución de conflictos y por el litigio responsable. De hecho, la palabra cooperación aparece expresamente en el cuerpo del Código, en su Art. 6º “Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para obtener, en un plazo razonable, una decisión justa y efectiva sobre el fondo”⁷. Por lo tanto, todos los agentes tienen deberes recíprocos y, más que eso, son protagonistas en la conducción del proceso.

La cooperación es un deber impuesto a todos los actores del proceso. Todos, aunque ejerzan funciones e intereses diferentes, deben aspirar, en definitiva, al mismo alcance: un desenlace justo y eficaz de la demanda. El proceso cooperativo trae consigo el predominio de la buena fe objetiva, es decir, “la verdad, aunque procesal, es un objetivo cuyo alcance está inequívocamente interesado en el proceso, siendo, por lo tanto, tarea del juez y de las partes, en la medida de sus intereses, continúenlo”⁸.

Existe una lista de deberes derivados del principio de la cooperación, como el deber de aclaración, consulta, prevención y asistencia. Las partes: demandante y demandado, con sus respectivos abogados o defensores públicos, deben igualmente tener una participación activa (colaborativa) en el transcurso de un proceso, a través de la efectuación del carácter isonómico entre los sujetos procesales⁹. De esa manera, se observará una administración de justicia eficiente, resultando en un diálogo entre los actores procesales, y no en una lucha¹⁰.

⁷ Traducción libre de “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, 16 marzo de 2015. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

⁸ Traducción libre de: “a verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, prossegui-la”. D. MITIDIERO, *Bases para construção de um Processo Civil Cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. (Tesis) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tutor: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 2007, pág. 75.

⁹ J. F. DIDIER. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”, *Revista de Processo*, ano 36, vol. 198, Revista dos Tribunais, ago./2011, pág. 89-99. Disponible en https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2570844/Fredie_Didier_Jr.pdf.

¹⁰ E. DONIZETTI, *Princípio da cooperação (ou da colaboração) - arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC*. 2014. Disponible en <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc/121940196>.

El nuevo sistema cooperativo anterior al CPC/15 debe observarse además del ámbito procesal, llegando también al ámbito extrajudicial, teniendo como base el principio de colaboración que alienta fuertemente el uso de métodos adecuados de resolución de conflictos (art. 3)¹¹. Así, se consolida la hermenéutica actual sobre el significado del acceso a la justicia, lo que no restringe la solución de un conflicto en el ámbito judicial.

Además, el modelo colaborativo valora la resolución de méritos sobre las decisiones procesales¹². Así, una forma adecuada de resolver un conflicto, a la luz del principio de colaboración (cooperación), es a través de la mediación de conflictos —en las hipótesis oportunas—, ya que es un dispositivo que aclara cuestiones en ocasiones más complejas: surgidas de sentimientos de relaciones intersubjetivas. Es decir, la mediación, para poder resolver los méritos del tema, cuando las personas se lo permiten y el mediador extrae los temas, intereses y sentimientos, presentase como un mecanismo potencial del principio colaborativo.

La cooperación provoca un proceso de cambio de entendimiento de las partes y abogados, mientras que se debe intentar buscar la verdad junto con el juez o mediador para que se declare e imponga una decisión justa, en lugar de buscar a toda costa ventajas propias y la destrucción del otro. En esa nueva dimensión el abogado se demuestra como un personaje crucial. El abogado actual debe tener un perfil colaborativo (cooperativo) para poder ejercer su prestigiosa función social.

Según Calamandrei:

El trabajo más precioso de los abogados civiles son el que se desenvuelven antes del proceso, matando las disputas desde el origen con el mejor asesoramiento sobre transacción y haciendo todo lo posible para que no les encuentren morbosos, que hace imprescindible recurrir a una clínica judicial¹³.

El autor afirma que, al igual que el médico, aunque dude de su labor, no hay quien se atreva a dudar sobre su utilidad social. Y concluye que “el abogado honesto debe ser, más que el clínico, el sanitarista de la vida judicial y,

¹¹ *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, 16 marzo de 2015, ob. cit.

¹² D. MITIDIERO, Daniel. *Princípio da colaboração*. 2018. Disponible en <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>.

¹³ Traducción libre de: O trabalho mais precioso dos advogados civilistas é o que desenvolvem antes do processo, matando à nascença os litígios com sábios conselhos de transação e fazendo todo o possível para que eles não cheguem àquele estado mórbido, que torna indispensável o recurso à clínica judiciária” P. CALAMANDREI, *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados* (Traducc. por Ivo de Paula), São Paulo, Pillares, 2013, pág. 106.

ante ese trabajo diario y los cambios en la desinfección litigiosa, los jueces deben considerar a los abogados como sus más fieles colaboradores”¹⁴.

Por consiguiente, es necesario cambiar la cultura del litigio por parte del abogado, para que se pueda difundir en su día a día. El autor va más allá, comparándolo con un “sanitarista en la vida judicial”, de modo que el licenciado se convierte en un filtro, ya que muchas veces es el primero en tener contacto con el cliente. Martín González afirma que más satisfactorio que la consagración de un sistema de solución alternativa o no alternativa a los conflictos es la prevención de estos¹⁵.

III. LA COMPATIBILIDAD DEL PAPEL DEL ABOGADO Y LA ESENCIA DE LA MEDIACIÓN

La deontología es la ética aplicada a las profesiones, es el conjunto de reglas que rigen una determinada profesión. Prácticamente todos cuentan con un código ético, con el fin de establecer la competencia, la calidad de sus profesionales y los niveles de exigencia ética.

La deontología es, por consiguiente, fundamental para que una determinada profesión, según António Enrique Pérez Luño y Enrique César Pérez-Luño Robledo¹⁶, esté dentro de las expectativas de los ciudadanos, en cuanto a la confianza que dirigen en el correcto desempeño de estos que ejercen cierto oficio. Para esos autores, considerase el tema de nuestro tiempo, por su alcance, y añaden que “la ética es hoy la garantía más eficaz de un desempeño socialmente correcto de las distintas labores profesionales”.

La calidad de la ética de la que trata la deontología jurídica es la jurídica, que se ocupa de la correcta conducta jurídica, especialmente en lo que respecta al comportamiento de quienes ejercen las distintas funciones en

¹⁴ Traducción libre de: “o advogado honesto deve ser, mais do que o clínico, o sanitaria da vida judiciária e, atendendo a esta obra quotidiana e muda de desinfeção da litigiosidade, os juizes devem considerar os advogados como seus mais fiéis colaboradores”. Ibidem.

¹⁵ N. MARTÍN GONZÁLEZ, “Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alterno de solución de conflictos”, *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 107.

¹⁶ A. E. PÉREZ LUÑO y E. PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, “Deontología profesional de la abogacía”, *Nuevos caminos del Derecho: del pensamiento jurídico, de los derechos humanos; de la ética, bioética y deontología; algunas propuestas de las ciencias sociales. Estudios en homenaje al profesor Narciso Martínez Morán* (Vol. 2), Madrid, Universitas, 2021, pág. 755-772.

esa materia, como jueces y abogados¹⁷. Dichos juristas, para comprender objetivamente la ética impuesta y adherida, se guían por sus respectivos códigos deontológicos. Pérez Luño y Pérez-Luño Robledo argumentan que la deontología es la proyección de la ética sobre el desempeño profesional¹⁸. Por lo tanto, la acción moral se concibe como lo que todos los abogados, por ejemplo, deben hacer en determinadas circunstancias. En este sentido¹⁹:

Los jueces y abogados para justificar su conducta jurídica no pueden actuar en abstracto, es decir, sin considerar el contexto institucional y entre los distintos argumentos justificativos de sus actuaciones deberá optar por aquella que tenga mejores credenciales desde un punto de vista moral.

En todo caso, los abogados deben cumplir con sus códigos éticos que rigen la ley, así como servir al valor de la justicia, como actores de la Administración Pública de Justicia²⁰. Además, los intereses de los clientes deben ser gestionados por sus abogados, ya sea asesorando, conciliando o incluso defendiendo en los tribunales. Pero que, como advierten los autores, “en ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin de justicia al que la profesión se halla vinculada”²¹.

Es fundamental reconocer el deber de respeto a los valores de la justicia y la moral, porque al considerar solo la obediencia a los códigos deontológicos, uno se enfrentaría a una deontología basada en el positivismo. Y en ese sesgo, Pérez Luño y Pérez-Luño Robledo destacan que se trata de una tesis insatisfactoria, que incluso se aleja de la ética kantiana, mientras que la autonomía es fundamental para toda decisión moral; siendo el legalismo ético una falsa ética, y que, ante dilemas morales en el ejercicio del derecho, el abogado quedaría sin respuesta²².

Sin embargo, los abogados sean exentos de ser imparciales, no pueden ser inmorales. Según Pérez Luño y Pérez-Luño Robledo, “los abogados alquilan su ciencia, pero no su conciencia”²³. Así, los autores defienden que,

¹⁷ Ibidem, pág. 20.

¹⁸ Ibidem, pág. 24.

¹⁹ Ibidem, pág. 22.

²⁰ Ibidem, pág. 34.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, pág. 28.

²³ Ibidem, pág. 28.

contrariamente al sentido común, los licenciados no pueden transgredir las reglas morales para lograr sus objetivos.

Miguel Reale afirma que ante una demanda presentada al abogado, durante su análisis profesional, tiene dos opciones: considerar el tema en términos de intencionalidad, satisfacer su subjetividad y, por lo tanto, solo individualidad²⁴. La segunda opción, en cambio, tiene en cuenta las relaciones interpersonales, apunta a un bien social, superando el valor del bien de cada uno, a través de valoraciones objetivas.

Así, en la primera opción, puede haber una ruptura entre la moral y la ley, a veces eligiéndose esta última en la resolución de un conflicto, siendo a veces más conveniente la moral. Mientras que en la segunda opción, la moral social y la ley (legalidad) van en la misma dirección.

Pérez Luño y Pérez-Luño Robledo defienden la tesis neoiusnaturalista sobre la deontología jurídica²⁵. Se trata de la teoría del riesgo moral del abogado, concebida por Atienza, en la que las reglas éticas de los licenciados coinciden con las virtudes de excelencia en las que deben ejercer su actividad profesional. Para los autores, esa tesis es la más satisfactoria, mientras que el derecho neoiusnaturalista no predica la justicia como un valor absoluto y abstracto, sino como un valor abierto a la experiencia y la historia.

Así, el abogado ético es aquel que busca conscientemente una conducta recta, a través de sus vivencias. Mediante el ejercicio de su actividad, busca siempre su excelencia, sin perder de vista sus normas deontológicas, valores constitucionales y derechos fundamentales²⁶.

El actual abogado brasileño es licenciado en Derecho y aprobado en el examen de la *Ordem dos Advogados do Brasil*²⁷ (OAB), que requiere conocimientos previos sobre ética jurídica, disciplinada en el *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil* (EAOAB) y en el *Código de Ética e Disciplina da OAB*²⁸. Y en el acto de asumir el cargo de abogado, frente

²⁴ M. REALE, *Lições preliminares de direito* (27ª ed), São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 37.

²⁵ A. E. PÉREZ LUÑO y E. PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, "Deontología profesional de la abogacía", ob cit., pág. 33.

²⁶ Ibidem, pág. 34.

²⁷ Traducción libre: Orden de los Abogados del Brasil.

²⁸ Traducción libre: Estatuto de la Abogacía y la Orden de los Abogados del Brasil (EAOAB) y en el Código de Ética y Disciplina de la OAB.

a la institución, se compromete públicamente al fiel cumplimiento de esos preceptos.

Establece el Código de Ética y Disciplina de la Orden de los Abogados del Brasil:

Art. 2 El abogado, indispensable para la administración de la Justicia, es defensor del Estado democrático de derecho, la ciudadanía, la moral pública, la Justicia y la paz social, subordinando la actividad de su ministerio privado a la alta función pública que ejerce²⁹.

En sus normas fundamentales está expresamente el deber de salvaguardar la moral, la justicia, la paz social, siendo esa observancia, por tanto, sus reglas éticas básicas. En el curso de su práctica profesional, no puede engañar a esos valores. De hecho, si ese no fuera el caso, el abogado no tendría el nivel esencial de la Administración de Justicia, en un Estado Democrático de Derecho que es Brasil.

En este sentido, defiende Sodré:

El abogado desempeña una función social, ya que cumple con un requisito de la sociedad. Eso porque sin libertad no hay defensa. Sin la intervención del abogado no hay justicia, sin justicia no hay orden jurídica y sin ella no hay condiciones de vida para la persona humana. Así, el papel del abogado es condición indispensable para que funcione la justicia. Por lo tanto, no cabe duda de que el abogado tiene una función social³⁰.

Esa fue la intención del legislador constituyente al disponer que “Art. 133. El abogado es indispensable para la administración de la justicia, siendo inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de la profesión, dentro de los límites de la ley”³¹. La función social del patrón es innegable, y

²⁹ Traducción libre de: “Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 2015, pág. 4. Disponible en: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085>.

³⁰ Traducción libre de: “O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social”. R. DE A. SODRÉ. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975, pág. 371.

³¹ Traducción libre de “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

para Sodré la intervención de tal profesional es una condición *sine qua non* para la realización de la justicia³².

Al comprender la naturaleza ética de los abogados, es posible analizar su conducta frente a la mediación de conflictos. De hecho, entre los deberes deontológicos del licenciado expresados en su código ético, se encuentra también el deber del “Art. 2º (...) VI- estimular la conciliación entre los litigantes, evitando, en la medida de lo posible, la iniciación del litigio”³³.

Por lo tanto, el uso de la mediación cuando sea apropiado, ya que existe una disposición para la conciliación, puede considerarse un deber ético del abogado. Así, ese hallazgo demuestra la existencia de compatibilidad entre el perfil del abogado y la esencia de la mediación de conflictos.

Además de esa compatibilidad, a los estudiantes de derecho actuales y, por consiguiente, a los nuevos abogados, se les presentó una nueva formación jurídica. Eso se debe a que la Resolución 5/2018 del *Conselho Nacional de Educação*³⁴ reorientó esa enseñanza para que se enfoque en la búsqueda de una cultura de paz y valores humanísticos, a través del dominio de medios adecuados de resolución de conflictos por parte de los profesionales del Derecho.

Finalmente, es posible extraer del Código de Ética del mediador, previsto en la Resolución del *Conselho Nacional de Justiça* 125/2010, valores y comportamientos necesarios que pueden extenderse a los abogados cuando actúan en mediación³⁵. Deben, por ejemplo, actuar a la luz de los principios de imparcialidad, independencia y autonomía, respeto a la orden pública y las leyes vigentes, empoderamiento y validación. Además de respetar las reglas de información, autonomía de la voluntad, ausencia de obligación de resultado y entendimiento de conciliación y mediación, es decir, de la mediación evaluativa y la facilitativa, respectivamente.

³² Ibidem.

³³ Traducción libre de “Art. 2º (...) VI- estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 2015, pág. 4. Disponible en <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085>.

³⁴ Traducción libre: Consejo Nacional de Educación. *Conselho Nacional de Educação*. Resolução nº 5 (17 diciembre de 2018). Disponible en http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192.

³⁵ *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução nº 125, (29 noviembre de 2010). 2010. Disponible en <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>.

IV. EL ABOGADO COLABORATIVO ANTE LA MEDIACIÓN

El abogado actual ya no puede limitarse a la convicción de que la abogacía válida y rentable es la litigante. Al revés, debe ver que están surgiendo nuevos tiempos, sobre cómo manejar los conflictos; y que es necesario adaptarse para seguir el ritmo de la propia dinámica social.

El jurista contemporáneo es consciente no solo de su deber de propagar la mediación de conflictos, así como de otros medios consensuados, sino también de que aporta muchos beneficios. Incluyendo el hecho de que hay más de 1.200.000 (un millón doscientos mil) abogados en Brasil³⁶, ese profesional siempre necesita actualizarse y emprender nuevas formas de abogar. De hecho, ese gran número de defensores privados debería despertar el interés de convertirlos en actores importantes en la difusión de la mediación de conflictos.

Actualmente, se habla de derecho negociador o preventivo, en el que el abogado sabe que los medios adecuados para abordar los conflictos suelen ser la mejor forma de resolver un conflicto, ya que las personas estarán más satisfechas con el resultado, la reducción de costos, la informalidad y la celeridad. Por lo tanto, los usuarios también optimizan su propio tiempo.

Si bien los abogados suelen tener la costumbre de percibir los honorarios por acto o paso procesal, comienzan a notar que a menudo es más ventajoso recibir más rápidamente³⁷. En lugar de esperar muchos años por una decisión judicial sobre un proceso que está bajo su responsabilidad, pueden darse cuenta dentro de los 60 días, ya que este es, por regla general, el plazo máximo para la finalización de un procedimiento de mediación.

Si la mediación es de interés para el abogado, también se puede decir lo contrario, es decir, la participación interesada de los abogados es relevante para la mediación, por varios motivos. Primero, el abogado es la persona directa y confiable de las partes. Es en él que el cliente deposita sus esperanzas de finalmente resolver y comprender su problema legal. Por lo tanto,

³⁶ Los datos de la Orden de Abogados del Brasil, en 2021, presentaron un total de 1.208.654 (un millón doscientos ocho mil seiscientos cincuenta y cuatro abogados registrados regularmente, excluyendo pasantes y suplementarios) en todo el país (BRASIL, 2021), con cerca de 210 millones de habitantes, lo que supone aproximadamente 1 abogado por cada 173 ciudadanos. *Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Quadro de Advogados regulares e recadastrados*. 2021. Disponible en <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

³⁷ CAETANO, F. C. Com novas leis, Brasil entrou na segunda fase da reforma do Judiciário. Entrevista concedida a Pedro Canário. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2015-jul-17/entrevista-flavio-caetano-secretario-reforma-judiciario>.

es él, el abogado, quien podrá transformar la mentalidad de un potencial litigante en un posible mediado, siendo el primero en tener contacto con las partes y siendo parcial con ellas.

Así, el abogado es el secreto para transmutar la dinámica procesal litigiosa en cooperativa. Aunque el sistema de procedimiento cooperativo no se limita a métodos consensuales de resolución de conflictos, estos son esencialmente el resultado de la cooperación mutua, especialmente la mediación en la que se fomenta la empatía.

Resulta fundamental para el mediado antes y durante el procedimiento de mediación la participación del abogado cooperativo. Antes de las sesiones, o sea preventivamente, porque podrás preparar emocional y técnicamente, mediando de inmediato, concienciando sus derechos y deberes, así como aclarar qué es la mediación de conflictos y sus beneficios. Posteriormente, cuando ya se ha iniciado una sesión, dilucidar cuestiones legales para todos.

Ese profesional también hace un papel importante después de la conclusión de la mediación, sea cual sea su resultado. Esto se debe a que, en caso de un acuerdo, el abogado guiará el mediado acerca de la exigibilidad del acuerdo. En caso de inexistencia de este, el abogado podrá orientar los mediados, si necesario, sobre cómo proceder con la resolución del conflicto, ya sea en los tribunales, o mediante negociación, conciliación, arbitraje, por ejemplo.

Además, el abogado puede convertirse en observador del cumplimiento de los principios de la mediación, tanto por el mediador como por los mediados. Un ejemplo de esto es averiguar si el mediador está siendo imparcial y no favorece a ninguno de los mediados, como preguntas sesgadas, tiempo extra en sesiones privadas.

Tartuce³⁸ afirma que existe un consenso entre los mediadores por preferir realizar una mediación con la presencia de un defensor que tenga un perfil colaborativo. El abogado y el mediador no deben temer la existencia de uno u otro, pues desempeñan funciones distintas y complementarias.

³⁸ F. TARTUCE *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, 2013. Disponible en <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediacao-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>.

En cuanto a la opinión de dos mediados, según el *Relatório Justiça Pesquisa - mediação e conciliação avaliadas empiricamente*³⁹, los entrevistados se dividieron aprobando o no acerca de la participación de los defensores en las sesiones de conciliación, sin restar concluya esa conclusión. Sin embargo, según la narrativa, parece que “independientemente de la opinión positiva o negativa, todos coincidimos en que hay una gran influencia de dos defensores”⁴⁰. También se encontró que:

Muchos entrevistados mencionaron que era necesario cambiar la percepción de dos defensores sobre la mediación. Entienden que gran parte de ellos no conocen muy bien el instituto y que, por eso, terminan usándolo indebidamente, porque entienden que es producto de la producción de pruebas, por ejemplo⁴¹.

Es decir, de esas conclusiones se puede deducir que la participación de dos causas en la mediación influye mucho en su resultado. Y que los mediados comprenden mejor la utilidad de la mediación cuando acompañados de defensores.

La participación del abogado debe ser estudiada no solo en la mediación presencial, sino también en la mediación virtual, que está creciendo cada vez más mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), considerando el contexto de la sociedad de la información actual. De hecho, aplicar las TIC en las audiencias judiciales, incluidas la conciliación y la mediación, es un desafío actual.

Recientemente se sancionó la Ley 13.994, de 24 de abril de 2020, que autoriza la realización de una audiencia de conciliación no presencial, en el ámbito de los Tribunales Civiles Especiales, modificando así el texto de la Ley 9.099, de 26 de septiembre de 1995, sus artículos 22 y 23⁴². Debe

³⁹ Traducción libre: Informe de Investigación de Justicia - mediación y conciliación validados empíricamente.

⁴⁰ *Conselho Nacional de Justiça. Justiça pesquisa - Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente - jurimetria para proposição de ações eficientes*. Universidade de São Paulo (USP). 2019, pág. 28. Disponible en https://www.cnj.jus.br/download/3737/pesquisas-judiciarias/90915/sumario-executivo_usp.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=brt

⁴¹ *Ibidem*. Traducción libre de: Muitos entrevistados mencionaram que é necessário mudar a percepção dos advogados sobre a conciliação. Eles entendem que boa parte deles não conhece muito bem o instituto e que, por isso, acabam mal utilizando, entendendo que se trata de um meio de produção de prova, por exemplo.

⁴² *Lei dos Juizados Especiais*. Lei nº 9.099, de 26 de septiembre de 1995. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113994.htm

ocurrir “mediante el uso de los recursos tecnológicos disponibles para la transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real”⁴³.

Pessoa y Sampaio afirman que aunque el Código de Procedimiento Civil de 2015 no tenga mencionado la participación virtual en las audiencias de conciliación y mediación, ha demostrado la tendencia a aplicar las TIC en las audiencias judiciales⁴⁴. De hecho, la Ley de Mediación llevó expresamente a la autoridad de las partes, de mutuo acuerdo, la realización de la mediación a través de internet o “por otro medio de comunicación que permita la transacción remota”, incluso en el caso de una parte vivir en otro país⁴⁵.

Los abogados deben ser conscientes de esa tendencia y ejercer su papel en la mediación para colaborar con la mediación digital, velando por los derechos de sus clientes, es decir, si hay el cumplimiento de los requisitos de la mediación. Se debe considerar e informar al mediado que mediar así puede evitar el agotamiento emocional, ya que no es presencial (*face-to-face*, F2F), permite mayor agilidad en los horarios, reducción de costos y mayor rapidez y desjudicializa.

El abogado, así, deberá observar, a través de su pantalla de dispositivos tecnológicos, si hay una conexión a internet razonable que no perjudique la comprensión de los dos actores de la mediación, si están cumpliendo los principios rectores de la mediación, en particular la confidencialidad. En este sentido, lo que ocurre en las sesiones no se puede exponer en cualquier situación, incluyendo eventuales juicios, a menos que exista autorización expresa de los mediados, para un propósito específico; o si la ley exige su divulgación, es decir, si la exposición es necesaria para el cumplimiento del acuerdo.

El mediador tiene el deber de mantener la confidencialidad de todo lo dicho en las sesiones de mediación hasta el acuerdo final que ponga fin al litigio, y no puede actuar como testigo del conflicto, salvo en caso de delito de acción pública. Además de la confidencialidad entre las partes, el abo-

⁴³ Traducción libre de: mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real. *Conselho Nacional de Justiça, Lei 13.994*, de 24 de abril de 2020. Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113994.htm.

⁴⁴ F. M. G. PESSOA y A. I. M. SAMPAIO, “Reflexões sobre Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) aplicadas à conciliação e mediação de conflitos”, *Tecnologia e justiça multipartas*. Luiz Fux; Henrique Ávila e Trícia Navarro Xavier Cabral (coord.), Editora Foco: Indaiatuba/SP, 2021, pág. 338.

⁴⁵ Lei da Mediação nº 13.140, de 26 de junio de 2015. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm

gado debe observar, así como el mediador, si hay otras personas ajenas a la mediación en curso, en el mismo ambiente que los mediados, mirando a la sesión.

En cuanto al ambiente adecuado y armonioso, se puede flexibilizar, ya que en estas condiciones no se puede requerir un ambiente como un *Centro Judicial de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos*⁴⁶ (CEJUSC). Sin embargo, cabe destacar que el espacio en el que se ubican los mediados no sea inadecuado para continuar la sesión, como un lugar concurrido, que mueve a la gente y tiene mucho ruido. El licenciado podrá orientar mejor, además de asegurar que la otra parte sea responsable de la información que exponga, recogida en el procedimiento de mediación, a terceros.

Por lo tanto, la participación del abogado también se presenta como fundamental en la realización de sesiones de mediación digital, posibilitando la consecución del objetivo propuesto, el de posibilitar un diálogo basado en la comunicación no violenta, generando la resolución del conflicto demandado. El abogado puede colaborar enormemente en la mediación digital y presencial.

A propósito, el uso de la palabra basada en la comunicación no violenta (CNV) también debe ser el vector del abogado colaborador. La comunicación no violenta debe practicarse tanto en el acto de hablar como en el de escuchar⁴⁷. Esa teoría es un enfoque específico de la comunicación, que trabaja tanto en el acto de hablar como de escuchar, ya que comúnmente las palabras pueden inducir dolor y dolor. El objetivo es conectarse con el propio yo y con el otro, desde el corazón, para que pueda florecer la compasión natural.

Vezzulla⁴⁸ enseña que: “la escucha atenta de los clientes es la clave que abrirá las puertas para conocer y reconocer sus intereses reales y los medios para llegar a acuerdos donde se respeten estos intereses. La forma de superar el conflicto”.

Cabe destacar el reto para el abogado de interiorizar una nueva comunicación en su actividad laboral, diferente a su lenguaje habitual. El discurso del abogado adversario se basa en el convincente, en la prueba, en la bús-

⁴⁶ Traducción libre: Centro Judicial de Métodos Consensuales de Resolución de Disputas.

⁴⁷ M. B. ROSENBERG, *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais* (trad. de Mário Vilela), São Paulo, Ágora, 2006, pág. 20.

⁴⁸ J. C. Vezzulla. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de mediação e arbitragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pág. 55.

queda de contradicciones por parte del adversario, y poco preocupado por los aspectos subjetivos de las partes⁴⁹.

El abogado colaborador utiliza una comunicación constructiva y no violenta, estableciendo relaciones interpersonales de honestidad y claridad. Incluso es recomendable que el licenciado colaborativo estudie Comunicación No Violenta impartido por Rosenberg⁵⁰. Idealmente, el abogado se permite involucrarse en la empatía. De esta manera, el abogado podrá comprender las necesidades de quienes lo busquen, incluida la elección del mejor método para resolver la disputa allí presentada, ya sea mediante mediación u otro método consensuado, o incluso mediante adjudicación.

Además, durante las sesiones de mediación, ya sean extrajudiciales, preprocesales o judiciales, el abogado cooperativo ayuda a las partes a tener autonomía y seguridad para hablar sobre el tema, así como ayuda al mediador a mantener los principios básicos de la mediación. Por tanto, es necesario que el abogado sea humilde para reconocer que no conduce la verdad, dejando que sea conducida por los propios mediados, y sepa las características y técnicas de la mediación, para aplicarlas cuando sea necesario y observar su cumplimiento por parte de todos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El abogado, dada su función social y su papel fundamental en la administración de la justicia, tiene un papel indeleble en la gestión del conflicto, que va más allá a la tutela judicial. Acerca de los métodos adecuados de solucionar conflictos, es igualmente necesario la suya participación, especialmente en la mediación.

A lo largo de los años, el perfil del abogado se presentaba como un personaje litigioso. Para que un abogado tuviera una buena reputación era necesario que patrocinara muchos casos y que se comprometiera hasta la última instancia, para lograr sus intereses y los de sus clientes.

Sin embargo, surge un nuevo enfoque de acceso a la justicia, en el que se prioriza la solución de un conflicto de la mejor manera posible, sea postulando en los tribunales, o sea por medios adecuados de resolución de

⁴⁹ F. C. CAETANO, *Soluções extrajudiciais na advocacia*, 2020. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=GyoqsHj7oLE>.

⁵⁰ M. B. ROSENBERG, *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais* (trad. de Mário Vilela), São Paulo: Ágora, 2006.

conflictos, como negociación, arbitraje, conciliación y mediación. Es un enfoque consolidado del actual proceso civil brasileño, con un sistema colaborativo, que el estímulo para la práctica de esos métodos debe ser constante por parte de los agentes de justicia, durante todo el proceso, o mismo antes de presentar una acción judicial.

Delante del nuevo panorama, el abogado ya no puede sostener un perfil puramente litigioso, independientemente del caso. Es decir, no es posible ser un litigante riguroso en un escenario que aviva una nueva perspectiva, en el que el diálogo se impone frente la pelea, la cooperación se evidencia a expensas de la disputa y la paz es el fin perseguido al revés de la contienda. Incluso, el estudio de la deontología demuestra que el abogado debe tener una conducta ética y con el propósito de la paz social.

Es en este sentido que palpita la idealización de un nuevo perfil de abogados, que verdaderamente se propongan a incentivar el uso de formas adecuadas de resolución de conflictos, especialmente la mediación. Es decir, que prioricen el trato con su cliente para encontrar la mejor forma de resolver su problema, incluso si resulte que sea a través de la mediación, que el profesional sepa cooperar para que las sesiones sean exitosas.

De hecho, por ser el abogado el agente de justicia más cercano a los clientes, ya sea porque es el primero en ser solicitado por ellos, en la mayoría de los casos, o mismo por poder ser apasionado y parcial con el caso, a diferencia de los demás agentes de la justicia; su colaboración puede ser un salto exponencial hasta la masificación de la mediación. Por ello, es fundamental fomentar el uso de ese método consensuado de resolución de conflictos por parte de los abogados, así como buscar la mejor forma de como participar en un procedimiento de mediación.

Ese estímulo ya es impulsado por el *Código de Ética e Disciplina e a Ordem de Advogados do Brasil*, que establece que el abogado siempre debe fomentar la conciliación, a fin de evitar la iniciación de un litigio⁵¹. Asimismo, la Resolución 5/2018 del *Conselho Nacional de Educação* fomenta esa práctica, que reorienta la educación jurídica para que se enfoque en la búsqueda de una cultura de paz y valores humanísticos, a través del dominio de los medios adecuados de resolución de conflictos por parte de los profesionales del Derecho⁵².

⁵¹ Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 2015, pág. 4. Disponible en <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?LivroId=0000004085>.

⁵² *Conselho Nacional de Educação. Resolução nº 5*, de 17 de diciembre de 2018, ob. cit.

Además, se incentiva la aplicación de esos medios, desde su disposición con la Resolución 125/2010⁵³ y su reglamentación ante el Código de Procedimiento Civil de 2015⁵⁴ y en especial la Ley de Mediación⁵⁵. Además, cabe destacar las políticas adoptadas por el *Conselho Nacional de Justiça*, con semanas de conciliación y mediación por parte de los Centros Judiciales de Métodos Consensuales de Solución de Controversias.

Por otro lado, la búsqueda del mejor perfil del abogado para sumar en el intento de promover la mediación de conflictos se justifica por el paradigma de la cultura de paz, en la contemporaneidad, y por el nuevo proceso civil de colaboración. Es decir, todos los agentes de justicia deben guiarse por estos nuevos aspectos que orientan el acceso a la justicia hoy. Así, un perfil colaborativo para el abogado es el que mejor se adapta a la realidad en construcción, enfocado en la cultura de paz y bajo los auspicios del principio de colaboración en el sistema jurídico brasileño.

Por lo tanto, el abogado, además de dominar la mediación de conflictos, sus técnicas y comprender su importancia, debe utilizar la comunicación no violenta en todo trato con sus clientes y con el mediador. El perfil colaborativo debe emanar toda la conducta del abogado en el ejercicio de su actividad.

El abogado debe buscar conscientemente esa nueva postura, ya sea por su compromiso con sus estándares deontológicos, o incluso por el reconocimiento de que el Derecho colaborativo es un camino beneficioso para todos, incluido el profesional. Además, esa nueva perspectiva debe estar alineada con el pensamiento colectivo, para que los abogados con ese perfil sean respetados y buscados en la sociedad contemporánea.

Así, reconocer el abogado como actor relevante en la mediación ayuda a materializar el prestigio del abogado colaborador, animándolo. Y en mismo sentido, apoya la difusión de la mediación, que, además, promueve una cultura del diálogo.

⁵³ Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*, de 29 de noviembre 2010, ob. cit.

⁵⁴ *Código de Procedimento Civil. Lei nº 13.105*, de 16 de marzo de 2015. Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

⁵⁵ *Lei da Mediação nº 13.140*, de 26 de junio de 2015, ob. cit.