

# **LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA: UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL**

**(LOS NUEVOS SISTEMAS ALTERNATIVOS  
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS)**

**INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA**

## SUMARIO

1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA; 2. LA CRISIS DE LA JUSTICIA Y LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: FUNDAMENTO; 3. LÍMITES CONSTITUCIONALES: SALVAGUARDA DEL DERECHO DE LIBRE ACCESO A LOS TRIBUNALES; 4. LA NUEVA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL: 1. Regulación legal: el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo 2. Notas esenciales: A) La voluntariedad y libre decisión de las partes B) La intervención del tercero 3. Principios informadores de la mediación: A) La igualdad de las partes y la imparcialidad del mediador B) El principio de confidencialidad.

Fecha recepción: 16.02.2012  
Fecha aceptación: 25.06.2012

# LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA: UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

## (LOS NUEVOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS)

INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA

Profesora Doctora de Derecho Procesal  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

### 1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos tal y como consagra el art. 24 de la Constitución Española. Como consecuencia del ejercicio de este derecho fundamental, que corresponde a «*todos*» (personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras), los particulares tienen siempre el libre acceso o camino abierto a los tribunales con objeto de obtener la satisfacción de sus respectivas pretensiones o resistencias, haciendo desaparecer definitivamente el conflicto que les afecta<sup>1</sup>. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, en primer lugar, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Según DÍEZ-PICAZO, L.M., el art. 24 establece una cláusula general que abarca todo tipo de situaciones subjetivas litigiosas jurídicamente relevantes (en *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, 1991, p. 26).

<sup>2</sup> SSTC 65/2009, 220/1993, 19/1981. Vid. TORRES DEL MORAL, A., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (AAVV), Colex, Madrid, 2007, p. 111.

La jurisprudencia constitucional ha ido extendiendo los derechos procesales del art. 24 CE al acto de conciliación en el proceso civil y a los procedimientos de jurisdicción voluntaria donde no hay prevista oposición, de modo que ante el menoscabo o lesión de garantías constitucionales en su sustanciación, el Tribunal ha respondido con un pronunciamiento favorable al amparo lo que se traduce, específicamente y en lo que aquí importa, en el reconocimiento para el justiciable que hace uso de este cauce, del derecho de acceso a la jurisdicción<sup>3</sup>.

Pero el art. 24 CE no solo habla de acceso sino también de justicia efectiva. Desde un punto de vista estrictamente constitucional, tan fundamental es el derecho de acceso como el derecho a obtener una tutela eficaz de las pretensiones planteadas. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 6 del Convenio europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup> y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>5</sup>. Ello implica una exigencia para los Estados miembros que deben responder, en particular, mediante la puesta a disposición de los sujetos de procedimientos judiciales rápidos y poco costosos. El retraso en el juicio y fallo de un asunto por los tribunales, aunque no implique la pérdida irreversible de la acción, mengua la finalidad última de la función judicial que no es otra que la de resolver definitiva y eficazmente los conflictos que a ella se someten<sup>6</sup>.

La necesidad de «agilización» de la justicia se ha convertido en uno de los retos más urgentes y debe ser un objetivo común para que desde los Juzgados y Tribunales se pueda impartir una Justicia del siglo XXI.

Uno de los ejes centrales de las últimas corrientes jurídicas en el ámbito del proceso, es la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de conflictos<sup>7</sup>. Se ha dicho que la eficacia del sistema de justicia que no sólo acoge la resolución de los Tribunales pasa por integrar, junto a la vía jurisdiccional, otros métodos complementarios de acceso a la justicia<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, el derecho de acce-

<sup>3</sup> STC 155/2011.

<sup>4</sup> Según el art. 6.1 CEDH «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

<sup>5</sup> Artículo 47 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo el título *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*, dispone en su primer párrafo que «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo».

<sup>6</sup> STC 11/1988.

<sup>7</sup> ARMENTA DEU, T., «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», en DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dir.), *Estudios sobre el Derecho Procesal*, Vol. IV, Madrid, 1996, pp. 4609-4645.

<sup>8</sup> SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2011, p. 24.

so a la justicia, no solo abarca el acceso a la vía judicial sino también los sistemas extrajudiciales de resolución de controversias.

Señala la doctrina<sup>9</sup> que los constituyentes españoles, al modificar la redacción inicial del texto constitucional, que consagraba un derecho al acceso a los tribunales, quisieron ir mas allá de un puro derecho de acceso a la justicia. No pueden ignorarse las consecuencias que necesariamente se derivan de la expresa referencia constitucional a que la tutela sea «eficaz»<sup>10</sup>. Ahora bien, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no abarca todos los elementos que promueven una mejor y mas recta administración de justicia, sino únicamente aquellos que legitiman que el Estado asuma el monopolio de la jurisdicción y sin los cuales la justicia no merecería tal nombre<sup>11</sup>.

## 2. LA CRISIS DE LA JUSTICIA Y LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: FUNDAMENTO

Resulta oportuno recordar que la forma en que se resuelven las pretensiones a través del proceso diferencia cualitativamente este instrumento de la solución que pudiera alcanzarse a través de otros medios auto o heterocompositivos. La satisfacción procesal, siguiendo a la doctrina, ha de ser jurídica, razonada, eventualmente completa, estable y práctica<sup>12</sup>. Por ello, se trata, sin duda, del mecanismo más estable de solución de conflictos, lo cual unido a su carácter público (ex art. 117.1 CE) suscita una confianza superior en la vía jurisdiccional que ha derivado en un cierto abuso en su utilización<sup>13</sup>. La realidad pone de manifiesto que los particulares inmersos en un conflicto acuden, en primer lugar, a la vía judicial en busca de amparo<sup>14</sup>. Se habla del fenómeno de la jurisdiccionalización de las sociedades modernas, especialmente intenso en el siglo XX, que ha desembocado en un cierto colapso del sistema y, por tanto, en una insatisfacción de los ciudadanos en la respuesta de los tribunales<sup>15</sup>. Entre las causas que explican

<sup>9</sup> DIEZ-PICAZO, L. M., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», Poder Judicial, 2ª época, nº 5, 1987, p.48.

<sup>10</sup> Vid. GIL ROBLES, A., *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 99 y ss.

<sup>11</sup> BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, op. cit., pp. 22 y 23.

<sup>12</sup> GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010, pp. 270-272.

<sup>13</sup> Cfr. MARTÍN DIZ, F., «La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia», en AAVV *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, 2011, p. 33.

<sup>14</sup> SOTELO MÚÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., p. 25.

<sup>15</sup> BARONA VILAR, S., «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», en *Mediación: un método de ¿ conflictos. Estudio interdisciplinar*, colex, Madrid, 2010, pp. 77 y ss.

este fenómeno, la doctrina<sup>16</sup> menciona el desarrollo del estado del bienestar, con la consiguiente proliferación legislativa, el incremento desorbitado de la actividad administrativa y la asunción de nuevas funciones por los jueces.

A lo anterior, se suma una falta de medios personales y materiales suficientes y adecuados para Administrar Justicia, así como la carestía y lentitud de los procesos que ha situado a la Justicia en una situación de crisis casi permanente. Las demandas presentadas ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos aumentan<sup>17</sup>. Es célebre el aforismo «multum lucratur qui a lite discedit» (mucho se beneficia quien evita el pleito) o la expresión «mas vale un mal arreglo que un buen pleito».

El derecho a la jurisdicción no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse<sup>18</sup>. La prohibición de las dilaciones indebidas, se enmarca dentro de las garantías propias del derecho a un proceso equitativo. Una sentencia que llegue tarde puede frustrar o, cuando menos, afectar negativamente a la efectividad de la protección concedida. Ni a las partes, ni al Estado le interesa, dados los costes, que un litigio se dilate excesivamente en el tiempo<sup>19</sup>. Resulta imprescindible la búsqueda de medidas que permitan la celeridad y eficacia del proceso y la resolución de los asuntos dentro de un plazo razonable.

En este marco, el desarrollo de los llamados sistemas *alternativos* de resolución de conflictos se suele asociar de forma más o menos directa a las dificultades de mejora de la justicia dados los problemas prácticos de saturación de los Tribunales Justicia a los que se enfrentan casi todos los Estados.

Sin embargo, la normativa comunitaria atribuye a estos instrumentos un valor propio como métodos de resolución de litigios que merecen promoverse independientemente de su efecto de descarga sobre los órganos jurisdiccionales<sup>20</sup>. No deben configurarse como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de conflictos disponibles en una so-

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., . *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 159-162.

<sup>17</sup> Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

<sup>18</sup> SSTC 220/2004, 324/1994 y 24/1981.

<sup>19</sup> Las estadísticas judiciales ponen de manifiesto que, en las circunstancias actuales, resulta difícil que un alto porcentaje de los conflictos pendientes ante los Tribunales puedan cumplir la exigencias de resolución en un plazo razonable.

<sup>20</sup> *Vid.* la propuesta de Directiva comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004 y la Directiva, finalmente aprobada, 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

ciudad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero no para todos.

A juicio de un sector de la doctrina<sup>21</sup> nos encontramos ante fórmulas complementarias de la Administración de Justicia, no alternativas al recurso a los Tribunales, y por tanto muy distintas del proceso y de la sentencia. Se considera<sup>22</sup> falsa la analogía entre la jurisdicción y los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos pues parten de presupuestos metodológicos y epistemológicos distintos.

Por ello, se ha llamado la atención sobre la necesidad de que estos sistemas no desplacen en ningún caso el esfuerzo del Estado por dotar a la Administración de Justicia de los recursos humanos y materiales necesarios para cumplir con el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado que la Ley le atribuye en exclusiva ex art. 117 de la Constitución Española<sup>23</sup>.

Ahora bien, parece razonable que el recurso a los tribunales no sea utilizado cuando exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución de la disputa<sup>24</sup>. El Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante RDLM) concibe el acceso a los Tribunales de justicia como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y 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.

La mediación, punta de lanza de estos sistemas complementarios, pretende configurarse como una forma más consensual de solución de controversias que, en algunos casos, puede resultar más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del Juez o del Árbitro<sup>25</sup>. Existen muchos supuestos en los que dada la naturaleza del conflicto, las partes implicadas necesitan mantener la relación que existe entre ellas. Basta pensar en los conflictos de carácter familiar

<sup>21</sup>Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia: síntomas patológicos», en Otrosí, octubre-diciembre, 2011, pp.7-13; Vid. ALISTE SANTOS, T.J., «Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción», en *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, 2011, p. 76.

<sup>22</sup>TARUFFO, M., «Una alternativa a las alternativas, patrones para la solución de conflictos», en *Consideraciones sobre la prueba pericial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 97-125. Entiende este autor que nos encontramos ante dos realidades conceptualmente distintas que no permiten un examen comparativo, pues la mediación responde a una naturaleza privada y consensualista frente al carácter público y fundamentalmente decisorio de la jurisdicción.

<sup>23</sup>DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia: síntomas patológicos», *op. cit.*, pp. 7-13.

<sup>24</sup>CARRETERO MORALES, E., «La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Dir. SOTELO MÚÑOZ), Tecnos, Madrid, 2011, p. 58.

<sup>25</sup>Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

como, por ejemplo, una separación o la división de una herencia. En el primer caso, es más probable que las medidas relativas al cuidado de los hijos que acuerden los padres reflejen mejor las necesidades e intereses en juego, que las fijadas por el Juez o por los abogados de las partes. También la mediación puede ser útil para resolver conflictos entre socios de una sociedad mercantil o en ámbitos como el de la propiedad horizontal y la responsabilidad civil<sup>26</sup>.

No puede negarse que los enfrentamientos directos que tienen lugar en los procedimientos judiciales así como la obligación de los tribunales de tener que pronunciarse sobre lo justo y lo injusto, y de designar vencedores y vencidos, suele destruir o, cuanto menos, deteriorar cualquier relación previa entre las partes.

En este sentido, la mediación aspira a convertirse en un medio independiente de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos que tienen derecho a elegir de entre los diversos medios de resolución de conflictos el que mejor se ajuste a la defensa de sus intereses<sup>27</sup>. El libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantilde 19 de abril de 2002 se refiere a su función como instrumentos al servicio de la paz social<sup>28</sup>. Las partes no se enfrentan sino que emprenden un proceso de aproximación, y desempeñan un papel más activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. La descarga de asuntos que suelen caer sobre la los órganos jurisdiccionales será una consecuencia positiva del recurso a la mediación, pero no un objetivo que se persiga de forma autónoma.

Junto a lo expuesto, también se alegan motivos económicos toda vez que los costes son menores que los del proceso. Según la Directiva 2008/52/CE, la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes<sup>29</sup>. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amisto-

---

<sup>26</sup> La Recomendación 98/257/CE sobre procedimientos extrajudiciales, se refiere a la necesidad de un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos basado en la intervención de un tercero atendiendo, entre otros aspectos, a la peculiaridad de los intereses ventilados en determinados litigios.

<sup>27</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos:»alternative dispute resolution» (ADR) y derecho procesal*, tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>28</sup> BALDOMERO ANDRÉS CIURANA, La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12-2005.

<sup>29</sup> Según la doctrina, en la mediación las partes son las protagonistas y pueden, con la ayuda del mediador, llegar a la mejor solución posible del caso que las enfrenta, con el menor coste (OTERO PARGA, M., «Ventajas e inconvenientes de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, 2007, p. 149; BELLOSO MARTÍN, N., «Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Electrónica de Diritto Processuale*, Volumen II).



sa y viable entre las partes<sup>30</sup>. El hecho de que el litigio termine con una solución pactada facilita el cumplimiento voluntario por lo que no será necesario acudir al proceso de ejecución<sup>31</sup>.

Por ello, se ha destacado la necesidad de esta ley como posible elemento que puede activar la economía. El volumen de dinero paralizado en los órganos jurisdiccionales españoles a la espera de que se dicte una resolución judicial que determine a quien corresponde su uso se cifra, aproximadamente, en torno al 20% del PIB<sup>32</sup>. Por lo tanto, descargar a los tribunales en todos los ámbitos en los que sea posible constituye un objetivo necesario<sup>33</sup>.

En todo caso, parece claro que en el contexto de crisis económica y de recesión en el que estamos inmersos, se incrementarán las soluciones extrajudiciales. Aunque nos encontramos en un escenario de creciente litigiosidad, al faltar la solvencia económica, las partes buscarán, antes de que concluya el proceso, una solución a su disputa<sup>34</sup>.

### 3. LÍMITES CONSTITUCIONALES: SALVAGUARDA DEL DERECHO DE LIBRE ACCESO A LOS TRIBUNALES

El derecho que legitima estos sistemas complementarios de resolución de conflictos es el que a su vez actúa como límite. Tal y como se ha indicado, el art. 24.1 CE permite que cualquier derecho o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y, por tanto, habilita a quienes lo ostenten para comparecer y actuar en el proceso<sup>35</sup>.

Como ha declarado la doctrina<sup>36</sup>, es el cimiento de los restantes derechos que protege el polifacético derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin in-

---

<sup>30</sup>SILVESTRI, E., «Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 37, 2000, p. 50.

<sup>31</sup> Según Juan Antonio Ruiz, experto en mediación, los acuerdos de mediación tienen un grado de cumplimiento voluntario por las partes muy superior al de los laudos arbitrales y las sentencias, que llega hasta el 98 por 100 de los casos ([diariojuridico.com](http://diariojuridico.com)); Según Virginia Allan, en Inglaterra se consigue un acuerdo en más del 70% de los supuestos en los que se acude a la mediación (*Reflexiones sobre Ley de Mediación (VII)*, [diariojuridico.com](http://diariojuridico.com)).

<sup>32</sup> MARÍN, J.A., en [diariojuridico.com](http://diariojuridico.com), 16 de febrero de 2012.

<sup>33</sup> Cualquier actividad que se atribuya a los jueces pero en la que no sea esencial la presencia del Juez (actividad judicial no jurisdiccional), podría atribuirse a otros funcionarios y recogerse en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>34</sup> ISCAR, J., [Diario jurídico.com](http://DiarioJuridico.com).

<sup>35</sup> SSTC 56/2001, 311/2000, 71/1991.

<sup>36</sup> BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, 1995, pp. 30 y 31.

defensión. Desde su primera sentencia, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que el art. 24 exige mantener abiertas las puertas de la justicia y eliminar o restringir los obstáculos y requisitos en el camino de los ciudadanos.

No es preciso insistir más en la trascendencia del acceso a la justicia, ni en la correlativa importancia que la doctrina constitucional le ha otorgado. Sin embargo, conviene matizar que no se trata de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco es un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino que debe ejercitarse por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal<sup>37</sup>. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan los presupuestos y requisitos para su ejercicio, pudiendo establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos<sup>38</sup>.

Esta facultad de configuración legislativa tampoco es absoluta toda vez que no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, «imponiendo para su ejercicio obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito»<sup>39</sup>. El derecho de acceso a la tutela podría verse conculcado por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican<sup>40</sup>.

A la luz de lo expuesto, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida el acceso al proceso de los derechos e intereses legítimos. Frente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, concretamente desde la perspectiva del principio *pro actione* que es donde nos situamos, tiene declarado el Tribunal Constitucional que no resultan oponibles argumentos relativos a la celeridad y pronta resolución de los procesos<sup>41</sup>.

Por ello, la obligación legal de recurrir previamente a un sistema de solución extrajudicial de conflictos, no debe configurarse de manera que constituya un

---

<sup>37</sup> Según TORRES DEL MORAL, A., el juez es el tutor natural de los derechos pero es al legislador al que le corresponde la primera tarea de desarrollo normativo de los mismos, con respecto siempre de su contenido esencial (en AAVV, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 87).

<sup>38</sup> SSTC 311/2000, 12/1998, 140/1993.

<sup>39</sup> STC 185/1987, 108/2000.

<sup>40</sup> STC 35/1999; Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 72 y ss.

<sup>41</sup> STC 202/2002.

obstáculo al libre acceso a la tutela jurisdiccional<sup>42</sup>. La relación entre los métodos jurisdiccionales y extra jurisdiccionales ha de ser de compatibilidad y de complementariedad. Como ha dicho la doctrina<sup>43</sup> la mejor garantía de la adecuación de este sistema al proceso jurisdiccional es la plena accesibilidad a él para la tutela efectiva de los derechos.

El hecho de que las partes opten por la mediación con la intención de solucionar el litigio no les impedirá que posteriormente puedan iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio cuando el acuerdo no se hubiera conseguido<sup>44</sup>.

La doctrina constitucional ha abordado, desde la óptica del art. 24 CE, los trámites previos a la vía judicial, configurados en ocasiones como presupuestos del proceso<sup>45</sup>. A pesar de su innegable trascendencia como eje central del derecho a la tutela judicial efectiva, esta cuestión ha sido desarrollada, a juicio de los autores<sup>46</sup>, de forma cautelosa y parca por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha centrado en el argumento de la subsanabilidad de los requisitos pre-procesales, al margen de su razón de ser, y de su cumplimiento material en cada caso<sup>47</sup>. Ello no obstante, existen pronunciamientos de nuestro máximo garante de la Constitución que abordan la cuestión de forma directa al declarar que el establecimiento de requisitos previos para acceder a la jurisdicción no contradice el art. 24.1 CE siempre que se cumplan dos condiciones: servir a finalidades legítimas, como resolver el conflicto amistosamente y aliviar la carga de litigios que pesa sobre los tribunales y no excluir, en ningún caso, el conocimiento jurisdiccional de la controversia, sino «meramente aplazar» la intervención de los órganos judiciales<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su considerando 14, señala que nada impide que la legislación nacional haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

<sup>43</sup> MORENO CATENA, V., «La resolución jurídica de conflictos», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Dir. SOTELO MÚÑOZ), Tecnos, Madrid, 2011, p. 35.

<sup>44</sup> Considerando 23 de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>45</sup> Esta trascendental cuestión se inició con la STC 119/1983 sobre la Junta arbitral de arrendamientos rústicos y se ha extendido a otras cuestiones de nuestra legislación procesal como los trámites y vías administrativos previos.

<sup>46</sup> BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, op. cit., pp. 38 a 41.

<sup>47</sup> SSTC 11/1988, 159/1990, 65/1993 y 101/1993.

<sup>48</sup> SSTC 217/1991, 355/1993, 352/2006.

Esta plena accesibilidad se exige incluso en el caso del arbitraje que, como es sabido, es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Desde este punto de vista, la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión que nos ocupa no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que, sin duda, lo es, y así ha sido reconocido en numerosas sentencias. El problema que se plantea es si resultaría conforme con nuestra norma suprema un precepto que estableciese un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción quedara condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia.

Si tenemos en cuenta que la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto conlleva la exclusión de la vía judicial, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprimiera o prescindiera de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje. Tal y como indicamos mas arriba, la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella<sup>49</sup>.

Sin embargo, nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la Ley atenúe las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto sustituir la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía. En este caso, la consecuencia jurídica consistente en el sometimiento al arbitraje, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, no resulta desproporcionada. Responde a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como

---

<sup>49</sup> Con base en lo expuesto, el art. 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación del Transporte Terrestre, fue declarado inconstitucional por la STC 174/1995, pues obligaba, en las reclamaciones inferiores a 500.000 pesetas (hoy 3.005 euros), a las partes a acudir a determinado arbitraje institucional y a prohibirles el acceso a los Tribunales. Al establecerse este requisito de forma que no pudiera eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, se estaba estableciendo un impedimento para el acceso a la tutela judicial. Se estaba supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra.

medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía<sup>50</sup>.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, lo que no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado<sup>51</sup>. Ahora bien, toda renuncia de derechos debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y aunque, debido a la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar<sup>52</sup>.

Desde esta perspectiva, la implementación de los nuevos sistemas de resolución de conflictos debe realizarse de manera que se garantice a los ciudadanos un acceso a la justicia, mas fácil, mas eficaz y en un plazo razonable.

Por último conviene matizar que, en materia de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional<sup>53</sup> ha proclamado la innecesariedad de cualquier requisito que persiga una finalidad autocompositiva con carácter previo a la demanda. La mediación, como los demás medios autocompositivos, tradicionalmente ha tenido como límite, la propia vigencia del principio dispositivo. En aquellas contiendas en las que esté comprometido el interés u «orden público» (arts. 6.2, 1814 del Código Civil) las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer, a través de la mediación, de los derechos o intereses en conflicto.

Pues bien, dentro del estándar «orden público» hay que reputar incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Como exigencia derivada del art. 53.2 CE, los procesos ordinarios de amparo han de estar presididos por los principios de «preferencia» y de «sumariedad». De la interpretación de este artículo concluye el Tribunal Constitucional en la ausencia de obligatoriedad del acto de conciliación o de la mediación como presupuesto procesal de la admisión de una demanda, cuyo objeto lo constituya la solicitud de restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado, ya que la interpretación contraria llevaría a la perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental afectado<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> STC 352/2006.

<sup>51</sup> STC 76/1990.

<sup>52</sup> STC 65/2009.

<sup>53</sup> STC 81/1992.

<sup>54</sup> STC 81/1992.

#### 4. LA NUEVA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

De lo expuesto se deduce que el derecho de acceso a la justicia por los ciudadanos debe ser entendido como derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso<sup>55</sup>. Como dice la doctrina<sup>56</sup> hay que pensar en la adecuación de los recursos y en la buena gestión de los disponibles.

##### 1. Regulación legal

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos que versen sobre asuntos de esta naturaleza. Dado que España había superado ya el plazo establecido para la transposición (que finalizó el 21 de mayo de 2011) resultaba prioritaria la elaboración de una norma interna que regulara sus principios generales y que pusiera en conexión la mediación y su ejercicio con el ámbito de la jurisdicción<sup>57</sup>. El RDLM 5/2012 efectúa esta necesaria adaptación de nuestro Derecho, y justifica la adecuación del recurso a este excepcional instrumento legislativo en la necesidad poner fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea. Para cumplir con las exigencias del art. 86 CE esta norma ha sido sometida a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados que la ha convalidado<sup>58</sup>.

La Directiva regula únicamente aquellos aspectos que resultan necesarios para garantizar que el acuerdo alcanzado pueda reconocerse y pueda ejecutarse, en su caso, en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. El RDLM va más allá y pretende establecer un régimen jurídico general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España. Su objetivo es poner a disposición de los ciudadanos un mecanismo de resolución ágil, voluntario, flexible y económico, con la fina-

---

<sup>55</sup> Cfr. REDORTA, J., «La justicia del futuro», Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia, GEMME, Barcelona, 2009, p. 6.

<sup>56</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 29 y ss.

<sup>57</sup> La tramitación del Proyecto de Ley de Mediación de 29 de abril de 2011, que pretendía dar cumplimiento a la Directiva 2008/52, quedó interrumpida por la disolución de las cámaras correlativa a la convocatoria de elecciones generales celebradas el 20 de noviembre de 2011.

<sup>58</sup> El Pleno del Congreso de los Diputados, mediante resolución de 29 de marzo de 2012, ha convalidado, con 309 votos a favor y una abstención, el Decreto-ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El texto está siendo tramitado como proyecto de ley, lo que ha permitido la propuesta de enmiendas.

lidad de resolver una disquisición entre dos partes con la ayuda de una tercera persona, cualificada, imparcial y neutral que les guíe para conseguir un acuerdo por sí mismas.

Según su artículo primero se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador<sup>59</sup>. Como se puede observar, la voluntariedad y la presencia de un tercero —el mediador— son las notas esenciales que se deducen de tal definición. De ellas pasamos a ocuparnos a continuación.

## 2. *Notas esenciales*

### A) La voluntariedad y libre decisión de las partes

El RDLM proclama el carácter «voluntario» de la mediación, sin obligación legal ninguna de acudir a ella, que supone una novedad respecto al Proyecto que en 2011 se remitió a las Cortes, donde se imponía esta vía para la reclamación de cantidades inferiores a 6.000 euros.

No obstante, el Juez, cuando aprecie que en atención a la naturaleza del litigio éste podría resolverse de forma más ágil y menos costosa a través de la mediación, podrá instar a las partes a que asistan a una sesión informativa. De esta manera, se regula la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el Juez el que las invite a llegar a un acuerdo. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Asimismo, se prevé el uso de declinatoria frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma<sup>60</sup>.

La nueva regulación apuesta por la voluntariedad que es la esencia de la mediación, lo cual ha sido valorado positivamente por los expertos que consideran,

---

<sup>59</sup> Con idéntico tenor el art. 3 de la Directiva 2008/52/CE define la mediación como un procedimiento estructurado, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

<sup>60</sup> Nadie está obligado a mantenerse en el proceso de mediación ni a concluir un acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior, cuando conste por escrito un pacto expreso de sometimiento a mediación de las controversias, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe antes de acudir a otro mecanismo de solución de conflictos aun cuando se esté discutiendo la validez del contrato en el que consta el citado pacto. Las partes no pueden interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la mediación, mientras ésta se encuentre en fase de tramitación.

en este punto, la redacción del Real-Decreto Ley más adecuada que la del Proyecto de Ley anterior<sup>61</sup>. El Derecho positivo español se alinea con la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (excepto Italia) donde las ADR mantienen su carácter facultativo, bien porque las partes acepten la propuesta de un juez o bien porque una de las partes tome la iniciativa y la otra la acepte<sup>62</sup>. Además, en el caso concreto de nuestro Derecho interno, según la doctrina<sup>63</sup>, existen precedentes que aconsejan abogar por la mediación voluntaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveía una figura equivalente que consistía en una conciliación judicial preceptiva previa al proceso civil, en virtud de la cual para la admisión de la demanda se exigía acreditar que dicha conciliación había sido intentada sin efecto o había terminado sin avenencia. La experiencia dio resultados poco satisfactorios. La conciliación se convirtió en un factor de dilación que aumentaba el coste del proceso. Por ello, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, otorgó al acto de conciliación el carácter meramente facultativo que hoy conserva.

De forma diferente, Italia, primer país que ha llevado a cabo la transposición de la Directiva 2008/52/CE, ha optado, por la mediación obligatoria como requisito previo de admisibilidad de la demanda<sup>64</sup>. Este carácter ha sido criticado por la doctrina italiana<sup>65</sup> y se ha cuestionado su legitimidad constitucional por la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución italiana pues impide acceder a la jurisdicción directamente. Asimismo, se considera que el gobierno se ha excedido del ámbito de la delegación concedida por el Parlamento que se limita a los aspectos procedimentales en contra de lo establecido en el art. 77 de la norma constitucional<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Vid. FAJARDO, diariojuridico.com, 13 de marzo de 2012.

<sup>62</sup> Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

<sup>63</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia: síntomas patológicos», *op. cit.*, pp. 7-13; BALDOMERO ANDRÉS CIURANA, La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España, *op. cit.*, p. 67.

<sup>64</sup> Real Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010. Vid. CALIFANO, G. P., *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*. Il Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, il Decreto 18 ottobre 2010, n. 180 e le modifiche apportate al codice di procedura civile dal «Collegato lavoro 2010», Cedam, Padova, 2011.

<sup>65</sup> Vid. PILIA, C. Y MANCALEONI, A. M. «La mediación en Italia (Con la mediación en materia civil y mercantil, Italia elige Europa)», en Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 28, enero-junio 2012, pp. 387-406; CANALE, G., «Il Decreto legislativo in materia di mediazione», en Rivista di diritto processuale, 2010, núm. 3, p. 624.

<sup>66</sup> TAR Lazio (Sez. I) ordinanza sulla MEDIAZIONE depositata 12/04/2011 N. 03202/2011 REG.PROV.COLL .



Aunque la cuestión está pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional italiano, pueden traerse a colación otros pronunciamientos recientes de este mismo órgano donde se aborda el establecimiento de una conciliación obligatoria en determinadas leyes sectoriales, como por ejemplo en los conflictos que surjan entre los usuarios y los operadores de comunicaciones electrónicas. De forma semejante a lo dispuesto por nuestra jurisprudencia constitucional antes mencionada, se afirma que el art. 24 de la constitución italiana no prohíbe que la ley someta la tutela judicial de los derechos a ciertas restricciones, siempre que respondan a objetivos de interés general y no impliquen que el ejercicio del derecho sea excesivamente difícil o imposible<sup>67</sup>. No puede constituir un obstáculo para el ejercicio de las acciones judiciales de los sujetos. La restricción debe ser proporcionada a los objetivos perseguidos.

Es posible que las partes, desde un primer momento, no tengan intención alguna de llegar a un acuerdo. En este caso, forzar la mediación supone arriesgar su eficacia desde el principio. Parece inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad<sup>68</sup>.

La utilización de esta figura no dependerá de que el legislador establezca una obligación legal de acudir a ella, sino de que la sociedad conozca las ventajas de la mediación, su carácter restaurativo y que no se debe acudir a los juzgados para resolver cualquier asunto. El informe de la Comisión de asuntos jurídicos sobre la aplicación de la Directiva de mediación en los Estados miembros de 15 de julio de 2011, contiene una propuesta final del Parlamento Europeo donde subraya que la mediación debe promocionarse como una alternativa viable, económica y rápida de justicia, no como un aspecto obligatorio del procedimiento judicial<sup>69</sup>. La utilización de soluciones autocompositivas requiere conocer la naturaleza y el funcionamiento del instrumento utilizado para resolver el conflicto.

Una de las grandes desventajas de la mediación en la actualidad es su desconocimiento, no sólo entre los ciudadanos sin también entre los profesionales del Derecho que provoca que no se haya profundizado más en este instrumento<sup>70</sup>. Tal y como se indicó mas arriba, en la visión del ciudadano, el acceso a los tribunales se presenta como la única vía de realización de la justicia. Por ello, los autores hablan de la necesidad de fomentar la cultura de la mediación<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> PILIA, C. Y MANCALEONI, A. M. «La mediación en Italia», *op. cit.*, p. 402.

<sup>68</sup> Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

<sup>69</sup> (2011/2026 (INI)).

<sup>70</sup> MORENO CATENA, V., «La resolución jurídica de conflictos», *op. cit.*, p. 39.

<sup>71</sup> BALDOMERO ANDRÉS CIURANA, La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), *op. cit.*, p.61.

Sin perjuicio del desarrollo legislativo de la Directiva que se está llevando a cabo, será necesario que desde la propia Administración se impulse la mediación para que se adquiera conciencia de que realmente estamos ante un mecanismo eficaz para la solución de conflictos que aporta un valor añadido respecto de otros instrumentos<sup>72</sup>. Resulta necesario sensibilizar a los diferentes actores como las empresas, sus abogados y los jueces de la existencia de esta resolución alternativa de conflictos proponiendo un intercambio de información<sup>73</sup>. La racionalización de la justicia pasa por un cambio de cultura encaminado a no judicializar cualquier asunto por pequeño que sea<sup>74</sup>. Las soluciones extrajudiciales como la mediación tratarán de conseguir este objetivo.

La Disposición adicional segunda del RDLM establece que las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. Asimismo, procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes.

El libre acceso de todos a la justicia no significa que muchos asuntos no puedan resolverse a través de otros mecanismos de intermediación. De hecho, en los últimos años, el Consejo General del Poder Judicial ha apostado porque los jueces fomenten la utilización de estos métodos complementarios de resolución de conflictos<sup>75</sup>. Así se recoge dentro de su Plan de Modernización de la Justicia, aprobado por el Pleno en su sesión de 12 de noviembre de 2008. Deben tenerse en cuenta las experiencias de mediación que progresivamente han ido apareciendo en el ámbito de la Administración de justicia<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> LÓPEZ, A., Reflexiones sobre la Ley de Mediación (XI), *diariojuridico.com*.

<sup>73</sup> Así lo ha reconocido la Cámara de Comercio e Industria de París.

<sup>74</sup> En 2010 accedieron a los órganos jurisdiccionales mas de 9 millones de asuntos, frente a los 6 millones que accedieron en Francia, a pesar de que el país vecino cuenta con 20 millones mas de habitantes que España.

<sup>75</sup> Una de las conclusiones que han extraído los presidentes los TSJ durante la reunión que han celebrado en Pamplona entre el 20 y el 23 de noviembre de 2011 para analizar el papel constitucional del Poder Judicial así como para estudiar las principales necesidades y proponer posibles reformas, ha sido precisamente promover el uso de medios alternativos de solución de conflictos, esencialmente de la mediación.

<sup>76</sup> El uso de la mediación se ha promovido incluso en las causas penales para las infracciones que sean adecuadas a este tipo de medida. Al respecto *vid.* MAGRO SERVET, V.; CUELLAR OTÓN, O.; HERNÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en *Mediación: un método de ¿ conflictos. Estudio interdisciplinar*, GÓNZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dir.), Colex, Madrid, 2010, pp. 128.

La facultad de juez de invitar o instar a las partes a acudir a la mediación tendría mayor eficacia si el comportamiento del sujeto, que ni siquiera acude a la sesión informativa, pudiera ser tenido en cuenta en el proceso a la hora de imponer las costas<sup>77</sup>. Así, con el fin de incentivar el uso de la mediación se habilita a los Estados miembros para que introduzcan alguna medida que penalice la actitud de la parte que se opusiese a la misma<sup>78</sup>. En el Derecho inglés, se permite incluso privar a la parte vencedora de la facultad de recuperar las costas, por no haber tenido una actitud favorable a la mediación<sup>79</sup>.

Nuestro Real Decreto-Ley parece haber optado por esta solución, mediante la modificación del art. 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual la no participación en la mediación intentada por una de las partes se considera mala fe, a efectos de la condena en costas. La doctrina<sup>80</sup> considera que este precepto debe interpretarse en el sentido de que el ganador de un proceso puede ser condenado al pago de las gastos judiciales si el pleito pudo haberse evitado. Supone una excepción al principio general del vencimiento que rige con carácter general en la materia.

## B) La intervención del tercero

La mediación se caracteriza por la intervención de un tercero neutral e imparcial respecto de las partes en conflicto, que auxilia a éstas en la búsqueda de una solución a su controversia<sup>81</sup>. La presencia del mediador no supone que nos encontremos ante un método heterocompositivo como el arbitraje, ya que el tercero no se pronuncia sobre la solución sino que se limita a ayudar a las partes para que descubran por sí mismas lo que mas conviene a sus intereses y lleguen a un acuerdo justo y conforme a la Ley<sup>82</sup>.

La mediación es una fórmula autocompositiva donde el tercero no está situado *supra partes*, sino *inter partes* en cuanto carece de poder para imponer coac-

---

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, Revista del Colegio Notarial de Madrid, marzo-abril, 2012, núm. 42, p. 17.

<sup>78</sup> ALONSO, J.M., «Reflexiones sobre la Ley de mediación (IV)», diariojuridico.com.

<sup>79</sup> LÓPEZ, A., «Reflexiones sobre la Ley de Mediación (XI)», diariojuridico.com.

<sup>80</sup> SOTELO MUÑOZ, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», Diario la Ley, núm. 7834, abril 2012.

<sup>81</sup> Según SIX, J.F. (*Le Temps des Médiateurs*, Senil, París, 1990, p. 165) el tercero interviene en el enfrentamiento binario como un catalizador en una combinación química, esto es, precipita la reacción sin intervenir ni resultar tampoco afectado por ella.

<sup>82</sup> PUY MUÑOZ, F., «La expresión *mediación jurídica*. Un análisis tópico», en AAVV (Coord. SOTELO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, 2007, p. 24.

tivamente solución alguna<sup>83</sup>. Comparte con la transacción que son las partes, por sí mismas, las que llegan a un acuerdo para resolver sus discrepancias<sup>84</sup>, pero se distancia de ella en cuanto que requiere la ayuda o intervención de una tercera persona<sup>85</sup>. La mediación se presenta como instrumento adecuado para alcanzar la transacción. Por ello, también puede contribuir a depurar el objeto del proceso.

Lo característico de la mediación es la intervención de un tercero. Si se alcanza el acuerdo sin intervención de éste, no puede hablarse de mediación<sup>86</sup>. Según la exposición de motivos del RDLM, la figura del mediador es la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. El tercero facilita la comunicación entre dos sujetos ayudándoles a resolver sus diferencias con el fin de que puedan hallar por sí mismos la salida a su conflicto<sup>87</sup>. Así, la mediación aparece como una forma «para» y no «de» solución alternativa de conflictos<sup>88</sup>. De ahí que haya sido definida como una negociación asistida por un tercero neutral e imparcial.

La función del tercero ha de quedar bien delimitada para distinguirla de las figuras afines. En la actualidad tanto la mediación, como la conciliación ostentan carta de naturaleza en nuestro ordenamiento procesal. Según la exposición de motivos de RDLM, del mediador se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. Su función es muy activa en el acercamiento, diálogo y persigue el avenimiento entre las partes, que le diferencia de la conciliación, donde el tercero tiene menos capacidad de propuesta<sup>89</sup>, quedando limitada su actuación principalmente a garantizar la formalidad del acto<sup>90</sup>.

---

<sup>83</sup> BANDIERI, L. M., «Los terceros y el conflicto» en AAVV (Coord. SOTELO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M.), *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, 2007, p. 75.

<sup>84</sup> La Exposición de Motivos del PLM de 29 de abril de 2011 hacía referencia expresa a la proximidad del acuerdo de mediación con el contrato de transacción del Código Civil otorgándole los mismos efectos que el art. 1809 del Código Civil atribuye a ésta.

<sup>85</sup> PÉREZ CONESA, C., «Mediación civil y mercantil», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2010.

<sup>86</sup> Según el Código de conducta Europeo para mediadores se entenderá por mediación *cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo, «el mediador».*

<sup>87</sup> BARONA VILAR, S., «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», *op. cit.*, p. 86.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ CANO, I., «Los métodos alternativos de solución de conflictos», en *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, 2007, p. 137.

<sup>89</sup> Así se recogía expresamente en el Proyecto de Ley de Mediación de 29 de abril de 2011.

<sup>90</sup> BALDOMERO ANDRÉS CIURANA, *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)*, *op. cit.*, p. 66.

La conciliación se reduciría al campo de la resolución amigable y a aquellos casos en los que la Ley prevea el acceso a un acto en el que se pretenda el acuerdo de las partes<sup>91</sup>. El mediador, en cambio, requiere habilidades que en muchos supuestos dependen de la propia naturaleza del conflicto.

En cuanto a la conciliación, nuestra legislación procesal contempla dos tipos. La primera tiene un carácter pre-procesal y se configura como un derecho potestativo del futuro demandante que puede promover este instrumento con arreglo a lo dispuesto por los art. 460 y ss de la Lec de 1881, que mantienen su vigencia según la Disposición Derogatoria de la LEC 1/2000, pero con la peculiaridad de que, de este acto ya no conocen los Jueces, sino el Secretario Judicial<sup>92</sup>. Junto a esta conciliación pre-procesal, la LEC 1/2000 regula además dos conciliaciones intraprocesales, que tienen lugar al principio y al término de la «audiencia previa» y una vez homologadas por el Juez, tienen el valor de una transacción judicial, que es un método de finalización anormal del proceso que goza de todos los efectos de la cosa juzgada.

La Directiva sobre mediación civil y mercantil no establece una distinción clara, ni hace referencia a los procedimientos ADR con los que, en ocasiones, puede colisionar, dada la naturaleza flexible de éstos<sup>93</sup>. Incluso el término mediación no tiene el mismo significado en los distintos Estados miembros. Sin embargo, deja claro que no considera mediación «*los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio*». Tampoco se identifica con los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto.

Según la doctrina<sup>94</sup>, el proceso examina el pasado mientras que en la mediación, el tercero trabaja para reconciliar los intereses de las partes, ayudándoles a que examinen el futuro, sus intereses y necesidades. No persigue determinar quien gana y quien pierde sino la consecución de un equilibrio entre las partes. La mediación no sólo preserva la relación entre las partes, sino, en ocasiones, también puede generar negocios futuros<sup>95</sup>. Admite soluciones creativas, difícilmen-

<sup>91</sup> GONZÁLEZ CANO, I., «Los métodos alternativos de solución de conflictos», en *Mediación y solución de conflictos*, *op. cit.*, p.135.

<sup>92</sup> Novedad introducida por la Ley 13/2009 de creación de la nueva Oficina Judicial.

<sup>93</sup> MUERZA ESPARZA, La Directiva 2005/52/CE de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 761/2008.

<sup>94</sup> PORTELA, J.G., «Características de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, 2007, p. 219.

<sup>95</sup> LÓPEZ, A., Reflexiones sobre la Ley de Mediación (XI), [diariojuridico.com](http://diariojuridico.com).

te alcanzables en sede jurisdiccional por las exigencias derivadas del principio de congruencia que vincula al Juez en el proceso civil<sup>96</sup>.

Decía Quintiliano que mediador es el que habla de modo equidistante. El mediador pone de manifiesto el problema real y los intereses de cada una de las partes, tratando de esclarecer las causas con el objetivo de vencer los obstáculos que producen el conflicto con objeto de llegar a un acuerdo<sup>97</sup>.

Antes del RDLM esta posibilidad solo estaba expresamente contemplada en nuestro ordenamiento procesal en los procesos matrimoniales. Durante la tramitación del procedimiento las partes pueden acudir a la mediación para resolver el conflicto sobre la guarda y custodia de los hijos menores. Con este fin podrán solicitar de mutuo acuerdo y en cualquier momento, la suspensión del proceso para someterse a mediación (art. 770.7 LEC). Ahora bien, esta previsión legal tiene escasa repercusión porque los cónyuges en la práctica no la solicitan<sup>98</sup>. Por ello, se ha entendido que resulta más eficaz que sea el propio Tribunal quien proponga a las partes la oportunidad de acudir a la mediación<sup>99</sup>.

### 3. Principios informadores de la mediación

La independencia y competencia de los mediadores, constituye una condición necesaria para el ejercicio de esta función con las debidas garantías. Por ello, el Comité Económico y Social Europeo considera que entre los requisitos mínimos exigibles a los mediadores, que garantizan la calidad de la mediación, deberían incluirse: 1) la titulación adecuada y formación en las materias objeto de la mediación 2) la independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes 3) la transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.

Este trabajo se circunscribe al análisis de los principios con trascendencia constitucional en cuanto que se erigen en las garantías esenciales del procedimiento de mediación.

Uno de los ejes de la mediación es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las re-

---

<sup>96</sup> Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, P., «A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 20/2008.

<sup>97</sup> MAGRO SERVET, V.; CUELLAR OTÓN, O.; HERNÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en *Mediación: un método de resolución de conflictos. Estudio interdisciplinar*, GÓNZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dir.), Colex, Madrid, 2010, pp. 116.

<sup>98</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Mediación y guarda y custodia de menores», en en AAVV *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, 2011, p.136.

<sup>99</sup> LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación intrajudicial y extrajudicial en España*, Cívitas, 2007, p. 319-320.

laciones que son objeto del conflicto. Por ello, el procedimiento es sencillo y flexible y permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales.

La ausencia de un cauce procedimental determinado, no es un obstáculo para que se respeten siempre las garantías esenciales con objeto de proteger los derechos e intereses legítimos de los sujetos. Lo fundamental desde la óptica constitucional es apreciar si en las circunstancias del concreto procedimiento seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos.

#### A) La igualdad de las partes y la imparcialidad del mediador

En primer lugar, debe garantizarse la igualdad de oportunidades de las partes en el procedimiento, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia cada uno de los puntos de vista expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. El mediador se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento. Esta garantía, recogida en el RDLM, deriva del principio constitucional de «igualdad en la aplicación de la ley procesal» que proclama el art. 14 de la CE, y del derecho a un «proceso con todas las garantías» reconocido en el art. 24.2 del mismo texto.

La actuación del mediador debe regirse por el principio de imparcialidad. Para garantizarlo se determinan unas circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes antes de iniciar o continuar su tarea y que pueden afectar a la misma o generar un conflicto de intereses, siguiéndose con esta disposición el modelo del Código de conducta europeo para mediadores<sup>100</sup>. Tales circunstancias incluirán todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes, cualquier interés directo o indirecto en el resultado final así como los casos en que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos, el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando esté seguro de poder mediar con total independencia con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente.

De esta forma, se trata de preservar la independencia del mediador, pues, a diferencia de las partes, que siempre han de ostentar una determinada relación jurídica material con respecto a la cuestión discutida, la legitimación del me-

---

<sup>100</sup> El Código se presentó en una reunión de expertos celebrada en Bruselas en julio de 2004 y fue adoptado en octubre de 2004 por la Comisión y sometido al Parlamento y el Consejo europeo como Directiva marco sobre la Mediación.

diador en un procedimiento determinado estriba, precisamente al contrario, en una ausencia de vinculación o de relación con las partes o con el objeto de la controversia.

La Directiva 2008/52/CE dispone que los Estados miembros fomentarán la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. En esta línea, el Código de conducta Europeo establece que las organizaciones que proporcionen servicios de mediación podrán desarrollar códigos más detallados adaptados a situaciones específicas o a los tipos de servicios de mediación que ofrezcan, así como a ámbitos determinados tales como la mediación familiar o la mediación en materia de consumo.

Con esta disposición, la norma comunitaria trata de garantizar la calidad de los servicios de mediación pero no se excluye a ningún colectivo profesional ni tampoco atribuye en exclusiva esta condición de mediador a una profesión específica. Según el Código de Conducta Europeo, el mediador se asegurará de que posee la formación y la competencia necesarias para mediar en el caso concreto antes de aceptar su designación. A petición de las partes, proporcionará la información relativa a su formación y experiencia.

El antiguo Proyecto de Ley de Mediación de 11 de abril de 2011 exigía estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior, tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y figurar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación. Parte de la doctrina<sup>101</sup> criticó que resultase suficiente con estar en posesión de título oficial universitario para ejercer la mediación, puesto que el acuerdo que pudiera alcanzarse debía reunir determinados requisitos para su posterior ejecución y al mediador le correspondería asumir la obligación de asesorar a las partes sobre ello. Con objeto de garantizar la eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados en la mediación, se ha discutido sobre la conveniencia de que intervenga un abogado, sobre todo cuando las decisiones tengan trascendencia jurídica. En este sentido, puede citarse la Ley Canaria de Mediación según la cual si el mediador no es licenciado en Derecho, deberá contar con asesoramiento legal para el ejercicio de sus funciones<sup>102</sup>.

Según el nuevo RDLM 5/2012, pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a que puedan estar sometidas en el ejercicio de su profesión.

---

<sup>101</sup> SALAS CARCELLER, A., «El proyecto de Ley de Mediación en materia civil y mercantil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2011.

<sup>102</sup> Por el contrario, la Ley madrileña de mediación 1/2007 exige sólo estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio y acreditar formación teórico práctica en mediación.



No se exige titulación universitaria, ni inscripción en el registro, pero sí deben tener una formación específica, que adquieren realizando cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, cuya concreción se deja a un futuro desarrollo reglamentario. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico. Parte de la doctrina<sup>103</sup> se ha mostrado contraria a que la sea la Administración la que controle la formación de los mediadores y proponen el modelo anglosajón, donde las personas que presten servicios de mediación reciben una formación continua en la materia a través de un sistema de autorregulación que confía en la eficacia del mercado para garantizar la calidad del servicio<sup>104</sup>. Algunos países comunitarios han interpretado la exigencia de formación de los mediadores impuesta por la Directiva sobre la base de la autorregulación y la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación<sup>105</sup>.

También resulta paradójico que el legislador exija al mediador una formación específica que no requiere en cambio para el árbitro que desempeña una función mucho más decisiva y adopta una decisión vinculante que produce efectos de cosa juzgada<sup>106</sup>.

Aún reconociendo que el mediador pueda acreditar una formación específica en las habilidades esenciales de la mediación, también resulta fundamental que atendiendo al tipo de conflicto sobre el que se va a mediar se tengan unos sólidos conocimientos sobre la cuestión de fondo. Conviene tener en cuenta que el arbitraje se ha extendido como un método alternativo a la jurisdicción, gracias, principalmente, a la especialización de los árbitros que deciden las controversias<sup>107</sup>. Por ello, la regulación vigente debiera apuntalarse en lo referido a la formación de los mediadores en la tramitación parlamentaria y en su posterior desarrollo reglamentario.

A nadie se le escapa el papel muy relevante de los servicios e instituciones de mediación, que desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación. Estas instituciones deben garantizar la transparencia en la designación de mediadores y asumen subsidiariamente la responsabilidad derivada de su actuación.

---

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, F., *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril, 2012, nº 42, p. 16.

<sup>104</sup> ALLAN, V., *Reflexiones sobre Ley de Mediación (VII)*, *diariojurídico.com*.

<sup>105</sup> LÓPEZ, A., *Reflexiones sobre la Ley de Mediación (XI)*, *diariojuridico.com*.

<sup>106</sup> GARCÍA, J.J., «La nueva regulación de la mediación civil y mercantil», *diariojuridico.com*.

<sup>107</sup> ALONSO, J.M., «Reflexiones sobre la Ley de mediación», *diariojuridico.com*.

Aunque la Ley establece un marco jurídico amplio y flexible de reconocimiento y actuación para los mediadores y para las instituciones de mediación, ya sean públicas o privadas, de ámbito estatal, autonómico o local<sup>108</sup>, no han faltado quienes<sup>109</sup> consideran que la mediación debería configurarse como un sistema público e institucional<sup>110</sup>.

## B) El principio de confidencialidad

Otro de los pilares fundamentales de la mediación es la confidencialidad del procedimiento. A diferencia del principio de publicidad que rige con carácter general en el proceso judicial ex art. 120.1 CE, la mediación se funda en el principio de confidencialidad. Ni el mediador ni las partes pueden revelar la información que obtuvieron en él. Además, el mediador tiene la obligación de preservar el carácter confidencial de las reuniones que mantenga con una parte respecto de las otras.

En muchos casos, a los empresarios no les interesa que determinados conflictos o reclamaciones se resuelvan en los tribunales de justicia, pues saldrían a la luz pública como consecuencia de la publicidad propia de las actuaciones judiciales y su prestigio podría quedar afectado. La resolución del conflicto a través de la mediación evita la publicidad de la disputa pues el deber de confidencialidad se impone a todos los que participan en este instrumento de resolución de conflictos.

En este principio se basa la confianza de las partes, sin la cual su participación no será eficaz y se reducirían mucho las posibilidades de lograr un acuerdo. Se ex-

---

<sup>108</sup> De acuerdo con nuestro Derecho vigente son instituciones de mediación las entidades públicas o privadas y las corporaciones de Derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación.

<sup>109</sup> MARTÍN DIZ considera que un sistema público aumentaría la confianza del ciudadano en la mediación como sistema *alternativo* a la vía jurisdiccional, aseguraría una formación adecuada de los mediadores y una aplicación uniforme de la mediación en todo el territorio nacional. También entiende que quedaría mejor salvaguardada la confidencialidad del proceso además de la gratuidad y la imparcialidad del mediador (en «La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia», *op. cit.*, p. 59).

<sup>110</sup> En el caso concreto de la mediación en materia penal, una parte de la doctrina considera que esta función debe incardinarse dentro de la administración de justicia, en los servicios, oficinas o unidades adscritas a la Audiencia Provincial, donde se constituyan equipos multidisciplinares formados por juristas, psicólogos y criminólogos (MAGRO SERVET, V.; CUELLAR OTÓN, O.; HERNÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en *Mediación: un método de ¿ conflictos. Estudio interdisciplinar*, GÓNZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dir.), Colex, Madrid, 2010, pp. 128 y ss).

tiende a lo que el mediador trate, por separado, con cada una de las partes que no puede revelarse a la otra.

Especial relevancia presenta la adaptación de este principio al sistema procesal y probatorio español. Resulta fundamental conocer el tratamiento procesal que van a recibir los documentos y declaraciones que se exterioricen en un proceso de mediación si desafortunadamente no se alcanza el acuerdo y se acude posteriormente al proceso judicial.

Con objeto de garantizar la confidencialidad, los mediadores están exonerados del deber de declarar en un proceso judicial o arbitral acerca la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo dentro los límites establecidos en la Ley. Sobre el mediador pesa un deber de secreto profesional y no puede ser obligado a declarar como testigo. Únicamente quedan exonerados de este deber cuando las partes los dispensen, expresamente y por escrito, y cuando, mediante resolución judicial motivada, los jueces del orden jurisdiccional penal los requieran a tal efecto.

Por su parte, la Directiva limita esta exención del deber de declarar a aquellos casos en que sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona y cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

La infracción del deber de confidencialidad genera responsabilidad personal del mediador que conlleva la inhabilitación para el ejercicio de la mediación.

De esta forma, si alguna de las partes efectúa alguna declaración sobre los hechos controvertidos, ésta no podrá ser utilizada en su contra en un futuro proceso. La confidencialidad de la mediación permitirá que las partes se sientan más libres en el momento de relatar lo sucedido toda vez que no podrán ser perjudicados por lo que se diga en la mesa de negociación<sup>111</sup>. Se asegura que todas las actuaciones serán llevadas a cabo «con la conveniente reserva», pero sin merma de las garantías necesarias que aseguren un resultado equitativo.

Se establece para los mediadores una norma semejante a la prevista para los abogados, que están sujetos a la obligación de secreto profesional<sup>112</sup>. Este es un dato más a favor del papel clave que pueden desempeñar los abogados en la me-

---

<sup>111</sup> PORTELA, J.G., «Características de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, 2007, p. 216.

<sup>112</sup> Los artículos 416 y 707 de la LECrim, dispensan al Abogado del deber general de declarar, tanto en el sumario como en el juicio oral, sobre los hechos que el procesado le hubiere confiado en su calidad de defensor. En la misma línea, el art. 542.3 LOPJ dispone que los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

diación pues, además de constituir una garantía para salvaguardar los derechos en el procedimiento<sup>113</sup>, desarrollan su actuación en un ámbito en el que el asesoramiento jurídico puede ser muy eficaz<sup>114</sup>.

Ello no obstante, debería armonizarse la regulación del deber de confidencialidad del mediador con las garantías previstas en nuestro Derecho vigente para garantizar derecho de defensa de manera que no pueda llegar a comprometerse el secreto profesional. Como ha declarado el Tribunal Supremo, el secreto no solo abarca las informaciones obtenidas por el Abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas, sino que también comprende aquéllas que, al margen del proceso o de un encargo formal de actuación profesional, haya llevado a cabo por razones de confianza como por ejemplo para tratar de llegar a una avenencia o acuerdo<sup>115</sup>.

A la luz de lo expuesto podemos concluir que por primera vez, nuestro ordenamiento procesal cuenta con una norma general sobre la mediación. La nueva regulación establece un marco legal flexible que debería servir para incentivar el uso de la mediación como un método eficaz para intentar alcanzar soluciones negociadas a los conflictos. En ella se contienen algunos elementos necesarios para conseguir la confianza de los empresarios. Pero el sistema será efectivo en la medida en que haya buenos mediadores, con una sólida formación que generen confianza y sean capaces de orientar a las partes en la resolución de sus conflictos. Asimismo, debe extenderse la cultura de la mediación haciendo un esfuerzo por acercar esta institución a todos los sectores sociales implicados.

Será la práctica la que resuelva los interrogantes que deja abiertos esta reforma procesal. El futuro dirá si la regulación de este nuevo instrumento de resolución de conflictos ha conseguido el objetivo perseguido.

---

<sup>113</sup> Según el art. 13 del RDLM, el mediador no debe asesorar jurídicamente a las partes, aunque sí asegurarse de que dispongan de ese asesoramiento.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ, F., «Medidas para impulsar los métodos extrajudiciales», *diariojuridico.com*.

<sup>115</sup> STS 17 de febrero de 1998.

**Title:**

THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE: A CONSTITUCIONAL REQUIREMENT (THE NEW ALTERNATIVE SYSTEMS OF DISPUTE RESOLUTION)

**Resumen:**

El derecho a la jurisdicción no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse. La prohibición de las dilaciones indebidas, se enmarca dentro del derecho a un proceso equitativo. La eficacia de nuestro sistema judicial exige que, junto a la vía jurisdiccional, se integren otros métodos complementarios de resolución de controversias.

El desarrollo de los llamados sistemas *alternativos* de resolución de conflictos se suele asociar de forma más o menos directa a las dificultades de mejora de la justicia dados los problemas prácticos de saturación de los Tribunales Justicia a los que se enfrentan casi todos los Estados. Pero, la relación entre los métodos jurisdiccionales y extra jurisdiccionales ha de ser de compatibilidad y de complementariedad. La implementación de estos nuevos instrumentos debe realizarse de manera que se garantice a los ciudadanos un acceso a la justicia más fácil, más eficaz y en un plazo razonable.

La mediación, punta de lanza de estos sistemas extrajudiciales, pretende configurarse como una forma más consensual de solución de controversias que puede resultar más adecuada en aquellos supuestos en los que dada la naturaleza del conflicto, las partes implicadas necesitan mantener la relación que existe entre ellas. Posee un valor propio como método de resolución de litigios que merece promoverse independientemente de su efecto de descarga sobre los órganos jurisdiccionales.

Se estudian las notas y garantías esenciales del procedimiento de mediación previstas en el nuevo Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo. Asimismo, se analiza si la nueva regulación establece un marco legal adecuado que incentive el uso de la mediación como un método eficaz para intentar alcanzar soluciones negociadas a los conflictos.

**Abstract:**

The right to jurisdiction cannot be understood without taking into account the time frame in which the judicial protection of individual rights and interests must be provided. The prohibition of undue delays is part of the right to a fair trial. The effectiveness of our judicial

system requires that, together with the judicial process, other complementary methods of dispute resolution are made available.

The development of so-called alternative systems of dispute resolution is usually associated more or less directly to the difficulties of improving the justice system, given the practical problems of saturation of the Justice Courts that nearly all countries face. However, the relationship between courts and non-judicial methods must be one of compatibility and complementarity. The implementation of these new tools must be such as to guarantee citizens access to justice in an easier and more efficient way, and in within reasonable timeframe.

Mediation, the spearhead of these non-judicial systems, aims to be a more consensual dispute resolution method that may be more appropriate in those cases where, given the nature of the conflict, the parties involved need to maintain the relationship that exists between them. It has its own merits as a method of dispute resolution that deserves to be promoted regardless of the effect of alleviating the load of work of the courts.

We study the characteristics and essential guarantees of the mediation process under the new Royal Decree-Act 5/2012 of 5 March. We also examine whether the new regulation establishes a legal framework that encourages the use of mediation as an effective method to try to reach negotiated solutions to conflicts.

**Palabras clave:**

Libre acceso a la justicia, métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, crisis de la justicia, autocomposición, mediación civil y mercantil, imparcialidad, confidencialidad.

**Key words:**

Free access to justice, judicial methods of conflict resolution, crisis of justice, self-resolution, civil and commercial mediation, impartiality, confidentiality.