

Abril-Junio 2024 | **19**

Mediación, Secreto y Confianza

La conciliación registral

Cláusulas de sumisión
al arbitraje en la
propiedad horizontal

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



Mediación, Secreto y Confianza

Mediation, Secrecy and Trust

Etimológicamente, la palabra confidencialidad hace alusión a la confianza entre dos o más personas y siendo este un aspecto sustancial para el buen desarrollo de la mediación, no se trata solo de un principio informador la misma, sino que se convierte en su nota más identificativa respecto a otros métodos adecuados de solución de conflictos (MASC) y en el eje vertebrador del espacio seguro en que debe convertirse el proceso de mediación.

Mediación, confidencialidad, secreto profesional, deontología.

Etymologically, the word confidentiality refers to the trust between two or more people and this being a substantial aspect for the proper development of mediation, it is not just an informing principle, but rather it becomes its most important note identification with respect to other appropriate methods of conflict resolution (MASC) and the backbone of the safe space that the mediation process must become.

Mediation, confidentiality, professional secrecy, deontology.



Amparo Quintana

Mediadora y Abogada

I. EL ADN DE LA MEDIACIÓN

A la hora de abordar los llamados métodos extrajudiciales de solución de conflictos y concretamente

aquellos que denominamos autocompositivos, llama poderosamente la atención que el imaginario colectivo tienda a confundir unos con otros, como si mediar equivaliera a conciliar, negociar o, incluso, valerse de la opinión de una persona experta. Podría decirse que, a pesar de que la mediación cuenta en España con regulación normativa desde hace algunas décadas (el primer texto fue la ley catalana 1/2001, de 15 de marzo), no ha existido un verdadero trabajo pedagógico capaz de hacer calar su verdadera naturaleza, tanto en la ciudadanía como de cara a los profesionales de muy diversos ámbitos. En la actualidad, aparte de trece leyes autonómicas de mediación (algunas de ellas completadas con sus respectivos reglamentos), una ley estatal (la 5/2012, de 6 de julio) y bastantes referencias a la misma a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario todavía señalar las características esenciales que configuran y determinan la esencia de la mediación.

Y lo cierto es que el legislador no ayuda mucho a esto, a tenor de los últimos dos proyectos de reforma procesal donde se aboga en general por los MASC (métodos adecuados de solución de controversias), dando a veces la impresión de que es lo mismo uno que otro (Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, de abril de 2002, y Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de marzo de 2024). Por eso es preciso señalar cuáles son los puntos principales que dotan a la mediación de su verdadera esencia, algo así como su código genético.

En este sentido, podemos enumerar los siguientes:

1. Su desarrollo a través de un procedimiento estructurado.
2. La participación de un tercero neutral (mediador/a), al que se le exigen una serie de requisitos para poder intervenir de manera profesional en el proceso y al que se le aplica un código de conducta (es decir, deontológico) *ad hoc*.
3. La confidencialidad.

Respecto a otros aspectos y principios que rigen la mediación (imparcialidad, voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes, buena fe, etc.), se pueden encontrar en otros MASC.

De los tres puntos que anteceden, me centraré en el tercero, como eje de la actividad mediadora y seña de identidad. Desde una perspectiva ética, la podemos calificar como aquel pacto recíproco de las partes entre sí y de estas a su vez con los mediadores, para que la comunicación sea inmune, formándose una especie de campana de Faraday y constituyendo la piedra angular de la seguridad de la información en mediación.

II. EL POR QUÉ Y PARA QUÉ DE LA CONFIDENCIALIDAD

El Código de Conducta Europeo para Mediadores (2004) establece que estos han de respetar la confidencialidad sobre toda información derivada de la mediación o relativa a la misma, «incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Salvo disposición legal en contrario, ninguna información

revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización».

Por su parte, la totalidad de normas que regulan la mediación, tanto en España como en los países de nuestro entorno, configuran la confidencialidad como un principio informador de aquella, sacándola de la esfera de lo que solo atañe a los mediadores y ampliando su radio de acción. Así, el art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, determina lo siguiente de manera textual:

«1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.*
 - b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.*
- 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.»*

Es decir, se configura con una doble vertiente: por una parte, como obligación para todas las personas, físicas o jurídicas, que participen en el proceso de mediación, así como de las instituciones que administran dicho proceso; y por otra, como un derecho que ampara a los mediadores, en el sentido de que quedan expresamente protegidos por el secreto profesional, siendo perfectamente aplicable el conocido juramento de Asaf: «no revelarás secretos que se te hayan confiado».

La confidencialidad así entendida aparece como una verdadera ventaja para quienes deciden gestionar su controversia a través de la mediación porque, sin necesidad de pactarla previamente (como sí ocurriría en una conciliación o negociación, por ejemplo), se van a encontrar en un espacio seguro donde poder dialogar, exponer sus opiniones, hacer propuestas, desestimar contraofertas, etc., en la tranquilidad de que nada de lo que hablen o muestren a través de documentación podrá trasladarse a sede judicial o arbitral. Asimismo, en esta privacidad se incluye de manera especial la protección de la información sensible, permitiendo a las partes divulgar contenidos delicados o personales sin temor a que sean utilizados en su contra. De esta manera, se refuerza la transparencia y sinceridad durante el proceso de mediación.

Se trata, pues, de un pilar importante para asentar las bases que informan la mediación y que, más

allá de alcanzar un acuerdo, se encaminan también a la transformación del conflicto, al cambio de la percepción que del mismo tienen las personas involucradas, a la transmutación del problema por oportunidad, al cambio de la percepción «del otro» (a través del reconocimiento o legitimación) y de la suya propia (a través del refuerzo empoderamiento) y, en consecuencia, a la redefinición de sus relaciones futuras.

Igualmente, este deber de reserva implica que nadie que participe en las sesiones de mediación puede trasladar a terceros la información obtenida durante aquellas, sin el consentimiento de todas las personas implicadas. Resulta obvio que, en el transcurso del proceso, habrá cuestiones y datos que sean públicos, notorios o conocidos de antemano por una pluralidad de personas ajenas al conflicto. Pensemos, por poner un supuesto, en que es un juzgado el que deriva a mediación un asunto que se encuentra bajo su jurisdicción y en el que ha habido demanda, contestación a la misma y audiencia previa. En caso de que las partes no llegaran a un acuerdo y se retomara el procedimiento judicial, la confidencialidad abarcaría a las referencias, notas o antecedentes generados durante la mediación, no a aquellas otras cuestiones que ya estaban en el expediente judicial. De este modo, si alguna de las personas hubiera ofrecido en un momento dado una cantidad de dinero equis para indemnizar unos daños, por ejemplo, y en la siguiente sesión se retractara de esa oferta e incluso no reconociera haber causado perjuicio alguno, la otra parte no podría comentar o alegar en el tribunal que en tal momento se le ofreció tal o cual cantidad y por qué concepto.

Por eso es importante que, en la fase de información (la llamada sesión informativa), los mediadores expliquen detenidamente en qué consiste la confidencialidad del proceso y cuál es su alcance, haciéndolo con lenguaje adaptado a las características de los mediados y de cuantas demás personas puedan acompañarlos (abogados o asesores, por ejemplo). Igualmente, es conveniente recordarlo o traerlo a colación en cualquier otro momento de la mediación, subrayando su importancia y, de modo especial, cuando los mediadores efectúen sesiones por separado (caucus).

Quienes nos dedicamos a mediar sabemos que, cuando garantizamos la confidencialidad, se crea el entorno propicio para que los interesados se sientan cómodos y libres de exponer sus puntos de vista, lo que les preocupa, las necesidades que tienen y sus verdaderos intereses, todo ello con la certidumbre de que no habrá más consecuencias que las que ellos determinen conjuntamente porque son los verdaderos protagonistas de la mediación.

Asimismo, es importante tener presente que el deber de reserva puede vulnerarse en las siguientes situaciones:

- Cuando se persigue producir un daño, esto es, de manera consciente.
- Cuando se conculca de forma directa, aunque no intencionada.
- Cuando salta la confidencialidad a través de otra persona, por un comentario que se le haya hecho.
- Cuando, en el transcurso de una conversación informal, se alude a la información de manera ligera, como si no tuviera importancia.

Por último, no debemos olvidar que el secreto profesional alcanza a quienes trabajan en las instituciones, centros u oficinas donde se realiza la mediación y a cuantos colaboran con los mediadores.

III. EXCEPCIONES A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS MEDIADORES

El art. 9 de la ley estatal de mediación, antes transcrito, establece dos límites: cuando partes, de manera expresa y por escrito, dispensen del deber de confidencialidad a los mediadores y, en segundo lugar, cuando lo soliciten jueces del orden jurisdiccional penal y se haga mediante resolución motivada.

Llama la atención que, tanto en el Código de Conducta Europeo para Mediadores al que me he referido más arriba, como en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (cuya transposición es la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles anteriormente reseñada), mantienen un criterio más contundente, en el sentido de que no basta con que a los mediadores les llame un juez de la jurisdicción penal con resolución motivada, sino que ese llamamiento obedezca a razones de orden público u otras razones tasadas.

En efecto, el art. 7 de la citada directiva prevé lo siguiente:

«1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

- a) cuando 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, o*
- b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.*

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación».

La redacción de la ley española ha derivado, en la práctica, en que algunos mediadores han sido llamados a declarar como testigos en querellas o denuncias presentadas por una de las partes del proceso de mediación por supuestas injurias, tomando por tales frases o palabras que las personas a veces expresan en el fragor de la mediación, en el intercambio de reproches o culpas. Obedientes al requerimiento judicial, dichos mediadores han comparecido, viéndose obligados a responder a una batería de preguntas de carácter meramente privado, con los apercebimientos de rigor, sin que en nada de ellas hubiese algo cercano a esas razones imperiosas de orden público, protección del interés superior del menor o prevención de daños a la integridad física o psicológica de alguien.

Afortunadamente, estos casos son excepcionales, pero el mero hecho de que hayan existido y puedan seguir surgiendo, conlleva a que hagamos una reflexión seria y una petición *de lege ferenda* para que, en este punto, la excepcionalidad a secreto profesional coincida con el espíritu de la directiva europea mencionada.

En otro orden de cosas, también quedarían fuera del deber de confidencialidad:

- a) Las obligaciones legales derivadas de situaciones de abuso, violencia o peligro inminente para la seguridad de las personas.
- b) Las actas del proceso y el acuerdo final alcanzado (entre otras, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n° 109/2011, de 2 de marzo de 2011, recaída en el recuso n° 1821/2007). Los pactos finales pueden elevarse a públicos ante notario, homologarse judicialmente y, en caso de incumplimiento, exigir su ejecución.
- c) Supuestos en que la persona mediadora necesite compartir información de un caso con sus supervisores, porque necesite orientación y consejo para salvar algún obstáculo que haya aparecido en la mediación. En tales circunstancias, se mantiene el anonimato de las partes mediadas.
- d) Si, por razones docentes o académicas, los mediadores exponen en sus clases o ponencias algún caso real relacionado con la materia que explica y siempre salvaguardando la identidad de las partes, así como aquellos datos que, por resultar característicos o peculiares, facilitarían conocimiento e identificación de las mismas.
- e) Cuando se tutoricen prácticas en cursos de capacitación en mediación.
- f) Y por supuesto, indicar qué parte asiste o no a la sesión informativa de mediación, tal como dispone el art. 17.1º de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

IV. CONFIDENCIALIDAD DE ASESORES Y TERCERAS PERSONAS

En ocasiones las partes acuden a mediación acompañadas de profesionales de su confianza como abogados, economistas, administradores de fincas, técnicos, etc., desarrollando una labor de asesoramiento de sus clientes, toda vez que esta función les está vetada a los mediadores, en virtud del principio de neutralidad.

Otras veces y atendiendo siempre al buen desarrollo de la mediación, se invita a terceras personas a las que pueden afectarlas los acuerdos a que vayan a llegar las partes. También existen ocasiones en que, para proveer del equilibrio de poder necesario entre los mediados, alguno de ellos necesita verse acompañado de un familiar o amigo que le ayude a salvar alguna dificultad normalmente de corte personal, temperamental o caracterológica.

A caballo entre unas y otras, es decir, personas que acuden a mediación en su rol profesional pero no para asesorar, estarían los traductores e intérpretes.

Como se ha expuesto anteriormente, la obligación de confidencialidad se extiende a todos cuantos participan en el proceso de mediación, aunque sea solamente en una sesión o fracción de ella. De ahí la importancia de que se les explique correctamente el alcance de su labor respecto a la confidencialidad y, por supuesto, suscriban algún documento comprometiéndose a ello.

Lo mismo cabe decir de quienes están presentes en un proceso de mediación como observadores debido a su condición de estudiantes en prácticas.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

De cuanto se viene exponiendo en el presente artículo, podemos concluir que la confidencialidad es un principio que forma parte de la naturaleza jurídica de la mediación, distinguiéndola de otras vías extrajudiciales de gestión de controversias en las que esa reserva debe pactarse de manera expresa.

Tal confidencialidad contribuye a la configuración del proceso de mediación como un espacio seguro para las partes, donde poder exponer sus opiniones sincera y libremente, sin temor a que estas se ventilen en otros escenarios como procesos judiciales, arbitrales, medios de información, etc. Esto abarca a cuantas personas, físicas o jurídicas, entran en contacto con la mediación, bien como asesores de parte, acompañantes o estudiantes en prácticas, así como se extiende a los centros de mediación y colaboradores del mediador.

Para los mediadores, el deber de confidencialidad va de la mano del derecho a guardar secreto, con los límites establecidos legalmente por la Ley 5/2012, de 6 de julio.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se vienen observando algunas realidades que resulta necesario corregir, tal vez «*de lege ferenda*», para que la confidencialidad no se vea mermada, por ende, no desnaturalice la esencia misma de la mediación. Por tal motivo y si perjuicio de otras, estas son algunas de las propuestas que me atrevo a sugerir a quien corresponda:

1. Si bien es cierto que no siempre es así, en algunas ocasiones se utiliza el proceso de mediación para recabar información que luego se vierte en un procedimiento judicial o arbitral. En ocasiones se hace involuntariamente (por desconocimiento o error en la interpretación de la ley), pero en otras no se trataría tanto de un desliz como de una estrategia (a la mediación acude un letrado y en sede judicial actúa otro, por ejemplo). Para evitar tales situaciones, sería preciso acometer una reforma de las leyes de mediación en el sentido de establecer de manera expresa que los asesores jurídicos de las partes mediadas no podrán valerse de la información verbal o documental obtenida en un proceso de mediación, tanto si dichos profesionales han intervenido personalmente en él, como si no.
2. La anterior sugerencia debería completarse con las correspondientes modificaciones de las normas deontológicas de la abogacía, para que no cupiera duda de que lo conocido en mediación es tan secreto como una conversación con su cliente.
3. De igual forma, las leyes procesales deberían establecer expresamente que será rechazada por

los tribunales toda prueba proveniente de un proceso de mediación, así como las alusiones verbales a cuanto se dijo o se escuchó allí.

4. Por otro lado y en lo relativo a las excepciones al secreto profesional de los mediadores, resultaría conveniente que se modificara la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, acomodándola a la Directiva UE de 21 de mayo de 2008, ciñéndose la obligación de declarar como testigo, ante un tribunal de lo penal, cuando el llamamiento obedezca estrictamente a razones de orden público y siempre, claro está, con resolución judicial motivada.
5. Igualmente y puesto que se trata de excepciones al régimen general de la confidencialidad, convendría llevar a cabo las modificaciones legislativas necesarias para cerrar una lista concreta de supuestos excluidos, alejándose así de interpretaciones personales que pueden vaciar de contenido la privacidad, reserva y deber de secreto.

Todo esto, por supuesto, sin olvidar la labor pedagógica que entre todos debemos llevar a cabo para que una cuestión tan importante sea conocida y asumida por la ciudadanía, profesionales y tribunales.