



Revista Científica General José María Córdova

(Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos)

Bogotá D.C., Colombia

ISSN 1900-6586 (impreso), 2500-7645 (en línea)

Web oficial: <https://www.revistacientificaesmic.com>

Entre la seguridad, la libertad y la justicia. Mediación y derechos fundamentales en Europa

María Méndez Rocasolano

<https://orcid.org/0000-0002-5345-8352>

mmrocasolano@ucam.edu

UCAM Universidad Católica de Murcia, España

Citación APA: Méndez Rocasolano, M. (2022). Entre la seguridad, la libertad y la justicia. Mediación y derechos fundamentales en Europa. *Revista Científica General José María Córdova*, 20(37), 129-142. <https://dx.doi.org/10.21830/19006586.861>

Publicado en línea: 1.º de enero de 2022

Los artículos publicados por la *Revista Científica General José María Córdova* son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Atribución - No Comercial - Sin Derivados.



Para enviar un artículo:

<https://www.revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/about/submissions>



Miles Doctus



Revista Científica General José María Córdova
(Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos)
Bogotá D.C., Colombia

Volumen 20, número 37, enero-marzo 2022, pp. 129-142
<https://dx.doi.org/10.21830/19006586.861>

Entre la seguridad, la libertad y la justicia. Mediación y derechos fundamentales en Europa

Between security, freedom, and justice. Mediation and fundamental rights in Europe

María Méndez Rocasolano

UCAM Universidad Católica de Murcia, España

RESUMEN. Para la solución de conflictos, las normas e instituciones europeas han consolidado un marco regulatorio con una directiva de mediación, a pesar de que su aplicación nacional es heterogénea. Así, para unificar su uso como mecanismo eficaz e incorporar la cultura de la mediación, se ha promovido su obligatoriedad mitigada. Este artículo aborda la tensa discusión doctrinal que surge de allí y que enriquece la reflexión sobre la tutela judicial efectiva y la seguridad, la libertad y la justicia, contenidos esenciales de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho. Se abordan los criterios dogmáticos actuales, se analiza el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental y finalmente se aborda la jurisprudencia europea al respecto, en especial la solución del derecho italiano, que se considera ejemplar.

PALABRAS CLAVE: administración de justicia; derechos fundamentales; jurisprudencia; libertad; tutela judicial efectiva

ABSTRACT. European norms and institutions have consolidated a regulatory framework for conflict resolution with a mediation directive; however, its national application is heterogeneous. Thus, to unify its use as an effective mechanism and incorporate the culture of mediation, it has been deemed mandatory in a mitigated way. This article addresses the arising tense doctrinal discussion that supports the reflection on effective judicial protection and security and freedom and justice, essential matters of fundamental rights, democracy, and the rule of law. The current dogmatic criteria are addressed, the right to adequate judicial protection as a fundamental right is analyzed, and finally, European jurisprudence on the subject is discussed, especially the solution of Italian law, which is considered exemplary.

KEYWORDS: administration of justice; fundamental rights; judicial protection; jurisprudence; liberty

Sección: JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS • Artículo de investigación científica y tecnológica

Recibido: 4 de agosto de 2021 • Aceptado: 28 de noviembre de 2021

CONTACTO: María Méndez Rocasolano ✉ mmrocasolano@ucam.edu

Introducción

A mediados del año 2021, cuando el mundo tímidamente sale del horror causado por el corononavirus, muchas voces plantean una reflexión sobre el modelo que la humanidad ha adoptado en la modernidad y que se ha consolidado en la posmodernidad del siglo XXI, cruzado por el desarrollo de la tecnología y el consecuente uso de datos al servicio de la inteligencia artificial, así como por la política y la globalización, desvirtuadas en unas sociedades evaporándose al calor del individualismo hedonista y el miedo al contagio (ahora del COVID-19). En este momento, reflexionar sobre el derecho como conjunto de normas e instituciones que regulan la convivencia en sociedad resulta igualmente oportuno, pues su contenido define espacios de seguridad, libertad y justicia, que pueden ir desde un ámbito de mínimos hasta uno de máximos, donde las sociedades vivan en paz y democracia. En la puerta de salida de la emergencia de salud pública en que se encuentra la población mundial, se dibuja un panorama social, económico y cultural diferente al que había antes de ella. Por ello, es imperativo el protagonismo que ha de tener un derecho justo fundado en valores, un marco normativo e institucional que asegure la prevalencia de la dignidad de la persona frente al poder en el entramado de relaciones humanas, institucionales e internacionales, sea cual sea su futura manifestación (Delgado & Giner, 2017).

Crterios de dogmática jurídico-política para la seguridad, la libertad y la justicia en la actualidad

Ante los retos actuales, el viejo derecho político ofrece respuestas concretas a través de su dogmática, que cobija con coherencia y sistematicidad racional la heroica lucha a favor del ser humano contra los poderes establecidos cuando toca elegir entre la seguridad, la libertad y la justicia en materia de mediación y derechos fundamentales (Delgado & Giner, 2017). Vinculados mis estudios a los derechos fundamentales desde hace más de veinte años, esta problemática me lleva a las consideraciones que siguen en torno a la mediación, habida cuenta la obligación mitigada previa a la jurisdicción que tanto gusta a Europa. En el marco europeo, la mediación ha sido ampliamente acogida, tanto en su versión presencial como virtual, pues ha resultado ser un instrumento adecuado para asegurar la resolución pacífica de conflictos; sin embargo, su promoción y fomento no escapa al cuestionamiento de su idoneidad en lo que afecta a los derechos fundamentales. En este artículo trataré el primer asunto, especialmente la mediación preceptivamente anterior a la vía jurisdiccional, y cómo, en este caso, puede verse afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, por ende, la autonomía de la voluntad que la libertad de los ciudadanos representa.

El modelo utilitarista de producción y consumo masivo de bienes, servicios e información de uso efímero, además de generar ingentes cantidades de residuos en todos los órdenes, tensiona las relaciones humanas y multiplica los conflictos en dimensiones de di-

versa índole. Desde la esfera más íntima de las relaciones familiares hasta el discurso político, pasando por la violencia de género, el acoso escolar y los abusos laborales, económicos y comerciales, todos los ámbitos sociales manifiestan hoy un incremento de agresividad y violencia alarmantes que tiene su reflejo en sociedades más inseguras, con la consiguiente multiplicación de demandas, denuncias y exigencias jurídicas ante los tribunales (Delgado & Teano, 2020). El marcado egocentrismo de nuestro tiempo se acrecienta con la incertidumbre e inseguridad que representa la pérdida de confianza en la política y el descrédito de valores vinculados al esfuerzo y al sacrificio, en *pro* de la inmediatez y el placer dentro de la sociedad líquida que tan brillantemente diseccionó Bauman (2003) y que terminó de plantear Harari (2018).

En este panorama, frente a la revisión y mejora del proceso, la estructura y el funcionamiento de los tribunales, se han potenciado los medios alternativos de resolución de conflictos. Especialmente, en el viejo continente se destinan recursos y esfuerzos a tal fin. En la idea de Bentham de que el bien equivale a lo útil, “la política legislativa de la Unión Europa y los países miembros promueve la mediación a través de sus instituciones” (Muñiz, 2020) en el plano normativo económico y sociocultural, en busca de mejorar una administración de justicia que, congestionada, dilata en el tiempo su respuesta hasta el punto de no cumplir con su función (Delgado et al., 2020).

En este sentido, Martín (2014), a propósito de la *tutela efectiva de la justicia*, apunta que los métodos alternativos de solución de controversias (mediación, negociación, conciliación y arbitraje), regulados e incorporados al sistema de justicia, formarían parte de un nuevo derecho fundamental que abarcaría extremos que el actual derecho a la tutela judicial efectiva no recoge:

La solución está en la evolución natural, y constitucional, hacia un derecho a la tutela efectiva de la justicia, de contenido más integrador [...]. Ha de ser un derecho amplio e incondicional, y que en la situación del actual modelo de justicia considere al ciudadano con capacidad de elección respecto a la vía de resolución de conflictos que considera más adecuada y oportuna para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. Al Estado, como contraparte de la tutela de este derecho, le debiera corresponder el desarrollar legislativamente tanto la vía jurisdiccional (mayoritariamente ya implantada y consolidada) como los medios extrajudiciales, conformando con ello una Administración de la Justicia integral y de servicio público. Quizá en esta última circunstancia debiera irse atisbando otro cambio en el sistema, el cambio hacia el modelo de tribunales multi-puertas en los cuales, como lugar de referencia del servicio público de Administración de la Justicia, estuviesen ubicados y a disposición del justiciable todas las opciones de justicia que el sistema le ofrece. (Martín, 2014, pp. 174-175)

Como es bien sabido, la tutela judicial efectiva enmarca un “derecho poliédrico” (Méndez, 2013a, p. 239) cuyo contenido esencial participa en concreciones procesales que, en definitiva, suponen hacer justicia a través del acceso a un juicio justo que incluya el derecho a los recursos, a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios térmi-

nos y a la tutela cautelar, entre otros. En este sentido, De la Oliva et al. (2016) ponen el acento en lo siguiente:

La jurisdicción existe para que el derecho alcance el lugar que le corresponde en el modelo de Estado en el que vivimos, para afirmar su primacía por encima de las actuaciones de los poderes públicos y su carácter de esencial elemento rector de las relaciones de todo tipo entre los ciudadanos y entre estos y los poderes públicos. (2016, p. 17)

Para Carrasco (2020), según se examine desde una perspectiva constitucionalista o procesalista:

La interpretación constitucional ha de partir de las instituciones de derecho procesal para acomodar su concepto y aplicación a su comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva y, por otra parte, la perspectiva constitucional condiciona el desarrollo del proceso en todas sus fases. [...] Lo que caracteriza al derecho a la tutela judicial efectiva, más bien, es el punto de vista desde el que fuerza a examinar las actuaciones judiciales a quien desee utilizar este derecho como fundamento de su argumentación. Esta perspectiva, como se ha dicho, requiere valorar, no el acierto, sino la razonabilidad del discurso del órgano judicial. (Carrasco, 2020, p. 14)

En lo que se refiere a la efectividad de la justicia, interesan aquí los criterios o test que indican el mencionado grado de razonabilidad, donde el Tribunal Constitucional tiene un papel definitivo en lo que se refiere a garantizar el derecho, hacer efectivo el cumplimiento de la justicia material y concretar su interpretación finalista.

La cuestión radica en aclarar cuál es el tipo de relación que existe entre la mediación como representante de los medios alternativos de solución de conflictos y la tutela eficaz de la justicia a través del derecho a la tutela judicial efectiva. Para ello no es menester tener una visión cerrada y estática del derecho; muy al contrario, en coherencia con mi dinamo-génesis de los valores (Méndez, 2000; 2013a; 2013b), considero de vital importancia incorporar perfiles inéditos que determinan y descubren nuevos derechos ajustados a las necesidades actuales, ante las que despliegan sus efectos. Esta es la base de la dinamo-génesis de los valores. En este sentido, aunque creo que deben matizarse por las razones que doy a continuación, son oportunas las reflexiones doctrinales para señalar nuevas formas de transformar el modelo de justicia que propone Martín (2014), cuando indica que el “derecho de acceso a la tutela jurídica de derechos e intereses debe expresarse en sentido amplio, sin que ello implique necesariamente que el ciudadano tenga que acudir exclusivamente para obtener justicia a los órganos jurisdiccionales” (p. 166).

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garante de la seguridad y la justicia

Es necesario reconocer que la mediación y las demás instituciones que proporcionan una solución pacífica y alternativa a la jurisdiccional son útiles y beneficiosas para la solución

de los conflictos concretos, donde termina su contenido, mas no así en la función jurisdiccional y el derecho que la sustenta: el derecho a la tutela judicial efectiva, que es a la postre expresión del poder judicial (Payá-Santos et al., 2018). En la administración de justicia se protege el orden y el sistema jurídico en sí mismo a través de las sentencias que dicta el poder judicial, sujeto a derecho a través de jueces y tribunales que actúan dentro del orden democrático bajo el mandato de la soberanía popular. Olvidar estas premisas, que desde Montesquieu hasta hoy dibujan el concepto de Estado democrático de derecho, desnaturalizaría el discurso de los derechos fundamentales —como señalan, entre otros, Pérez (1994) o Ferrajoli (2015, p. 138)—, pues su eficacia depende tanto de las garantías legales como del reconocimiento de su fisonomía.

En este sentido, Barona (2016) apoya la idea de un sistema de justicia *multi-rooms*, que comparte Peiteado (2018) en una brillante exposición donde explica las diferencias que hay entre resolver un conflicto y hacer justicia, poniendo el énfasis en los distintos criterios utilizados en las vías extrajudiciales y judiciales para alcanzar el objetivo común que la paz social representa. Efectivamente, mientras la mediación utiliza múltiples vías y herramientas, en cambio la solución jurisdiccional solo puede fundarse en la norma jurídica, que se aplica además por un órgano estatal. Coincido plenamente cuando indica que “la aspiración a la justicia, a que en nombre del Estado se haga justicia, es irrenunciable para los Estados de derecho” (Barona, 2016, p. 32). En términos constitucionales españoles, Díez-Picazo (2013) se suma magistralmente indicando que “todo derecho o interés legítimo —es decir, cualquier situación jurídicamente relevante— debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia” (p. 19). A mi entender, este es el núcleo esencial del derecho que nos ocupa y que no comparte con la mediación cuyo objeto, que no es baladí, es la mejor solución de un conflicto concreto. Con ello se pone de manifiesto que entre la tutela efectiva de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva se despliega una relación de causalidad exigible a la política legislativa del gobierno de un Estado, responsable de la gestión de sus poderes, que ha de estar guiada por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales si quiere ser calificado como democrático y constitucional.

Cabe aquí recordar la naturaleza de los derechos fundamentales, cuya identificación y desarrollo sustancial con los derechos humanos ha de tenerse en cuenta. No en vano, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano establece: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Desde el cilindro de Cirilo, “el Tribunal del Areópago y la Carta Magna, su pretensión y reconocimiento generó un caldo de cultivo a través del siglo XVIII y XIX” (Muñiz, 2015) cristalizándose en su reconocimiento constitucional tras la Segunda Guerra Mundial. En el ámbito euroatlántico, los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva, se configuran en el discurrir jurídico-político limitando el poder a favor de los individuos y los grupos

en los que se integran como garantías para la humanidad, donde el hombre tiene derechos por su condición humana. Se limita especialmente el poder del Estado, pero no únicamente, pues los derechos fundamentales nacen también con vocación de desarrollar su eficacia entre particulares u horizontalmente, como los alemanes llaman a la *Drittwirkung* (Bleckmann, 1988), según lo explica Anzures (2010).

Así, en las declaraciones y en el articulado constitucional, los derechos fundamentales fueron reconocidos como expresiones concretas de limitación del poder, y de los poderes que en el desarrollo del contrato social habían desequilibrado la balanza entre seguridad y libertad, como indica Locke (1969): “La finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estado o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes” (epígrafe 124).

Las constituciones del siglo XX recogen su expresión más concreta a través del Estado, ahora social y democrático de derecho, en el que el nuevo pacto exige que los individuos y sus grupos estén protegidos ya no solo mediante la abstención propia del Estado liberal, sino a través de los derechos prestacionales que remuevan los obstáculos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, y así se respete la dignidad humana. Son exigencias concretas a los poderes públicos, como indicó el portugués Gomes (1998), que se ponen de manifiesto en las exigencias que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta para obtener una tutela efectiva de la justicia.

La meta de cumplir con esta exigencia responde a su función última, ya que manifiesta la soberanía popular, titular del poder constituyente, al incorporar los derechos fundamentales como parte medular del Estado constitucional y hacer que los poderes públicos los asuman como mandatos, lo cual los dota de eficacia, protección y garantía. Localizados en la denominada parte dogmática de las constituciones normativas, estos derechos son valores y principios que sustentan y mantienen la coherencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En este sentido, Dworkin (2012) propone su *tratamiento en serio*. Asimismo, Lucas Verdú —mi maestro— (1998), junto con Paulo Bonavides (2014), grandes conocedores de la doctrina alemana (Kant, Schmitt, Böckenförde, Schneider, Haberle y Stein, entre otros), explican la axiología constitucional que emana de los derechos fundamentales como esencia de la fórmula política de los textos constitucionales que, como apunta Smend (1982), constituye la razón y fundamento del Estado social y democrático de derecho.

Recordemos que esta dimensión objetiva está formada por los valores que configuran su contenido esencial. Así, según Gray (2015), las diversas teorías políticas liberales, si bien preocupadas por el logro de la tolerancia y la coexistencia pacífica en el seno de una sociedad plural cuyos miembros tienen diferentes concepciones del bien, se hunden, en mayor o menor medida, ante la imposibilidad de hallar y erigir principios morales y políticos capaces de resolver de forma universal y racional los conflictos de valores, vinculados a la dignidad de la persona en todas sus manifestaciones vitales, sociales, espirituales y hoy también ecológicas. Ya hace veinte años que vengo poniendo de manifiesto la necesidad

de ampliar los derechos fundamentales con la inclusión del *derecho al medio ambiente para el desarrollo de la persona* (Méndez, 2000), para la garantía y protección de la humanidad en su relación con la naturaleza. Estas consideraciones se actualizan hoy con la exigencia de acciones concretas frente al cambio climático, la problemática de los residuos, especialmente los plásticos, y la pérdida de la biodiversidad, contemplados como prioridades en la Agenda 20-30 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Mazurier et al., 2020). Como indica Böckenförde (1993), estas, a mi entender, son el motor de nuevos derechos que surgen actualmente a través de la *dinamogénesis de los valores*, que afianza los derechos existentes e impulsa el reconocimiento de los que la sociedad demanda.

La teoría de la dinamogénesis de los valores y el derecho, desde que la planteé en mi tesis doctoral (1999), se ha utilizado en múltiples ocasiones para justificar la existencia de derechos fuera del apoyo constitucional. Para su conocimiento y comprensión, me remito a la explicación del proceso recogida en Méndez (2013b). Los derechos fundamentales modelan el ordenamiento jurídico y toda su estructura sistemática orientándola a la protección de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. El entramado normativo e institucional se reinterpreta bajo su paradigma, que dibuja un renovado orden jurídico con arquitectura axiológica.

En este contexto se sitúa la tutela judicial efectiva, que no se corresponde únicamente con la satisfacción del interés particular que suscita un conflicto, sino que su naturaleza de derecho fundamental lo diferencia categóricamente de la mediación. El derecho representa los valores y principios que guían el discurrir de los ordenamientos jurídicos, por lo que la expectativa del derecho a la tutela judicial efectiva va más allá de estar al servicio de la resolución de conflictos.

Superada ampliamente la posición de la tiranía de los derechos fundamentales, no se debe olvidar que estos no son absolutos y que, con base en la autonomía de la voluntad, son de libre disposición. Por ello, el titular del derecho a la tutela judicial efectiva puede activarlo o no buscando otros medios como el que representa la mediación para solucionar un conflicto en el que esté inmerso y precise una solución. Otra cuestión es que su ejercicio quede determinado por el poder del Estado a través de una norma que imponga la mediación voluntaria previa a la solicitud de tutela jurisdiccional, bajo un dictado de moral utilitarista. Para salvaguardar su contenido esencial, recordemos que tal disponibilidad está condicionada a que la renuncia del derecho no ha de perjudicar ni a otro derecho ni al interés o el orden público.

La sistematicidad del ordenamiento jurídico resuelve la posible limitación del derecho a la tutela judicial a través del reconocimiento de la libertad individual en la esfera privada, donde se posibilita la renuncia del titular en un caso concreto mediante la ponderación de los derechos. El Estado de derecho exige que los titulares de los derechos fundamentales tengan siempre asegurada la facultad de hacerlos valer. En este sentido, Díez-Picazo (2001) indica que “es a las personas, actuando de manera consciente y libre, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales” (p. 145).

Así, la legitimidad de acudir a los medios extrajudiciales para la resolución de conflictos queda amparada por el ejercicio del derecho fundamental que la autonomía privada representa. La teoría de las articulaciones de Lucas Verdú y su indivisible interrelación e interdependencia resultan criterios útiles para concretar la coexistencia pacífica entre el derecho a la jurisdicción y los medios alternativos de resolución de conflictos, en concreto la mediación. Falta ahora dilucidar si tal coexistencia subsiste cuando por ley se determina la mediación de forma obligatoria, pues dicha renuncia a la tutela judicial efectiva no puede depender de la voluntad del poder legislativo. Ello equivaldría a desnaturalizar los derechos fundamentales, cuya principal función es justamente limitar los poderes públicos. El carácter prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva está resumido en tres aspectos, según Böckenförde (1993):

[En primer lugar,] el fin o programa que supone un derecho prestacional se sustrae a la libertad del legislador; es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; y, por último, la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera. (p. 81)

Todo ello no obsta para que la mediación sea indirecta o condicionada, como expresa la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al respecto, las directivas del 2008 y del 2013 abren tal posibilidad al asumir que la mediación puede coexistir pacíficamente sin reducir el contenido esencial de la administración de justicia, en términos de validez general y función pública. ordenadora de las exigencias marcadas por la voluntad democrática expresada a través de las normas. De esta forma queda intacto el contenido axiológico y principal que representa el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Dentro de esta complejidad, no son solo bondades las de la mediación, que se presenta eficiente en cuanto es “capaz de lograr los fines de la democracia y el Estado de derecho con base fundamentalmente en la tensión entre seguridad y libertad” (Calleja & Delgado, 2017). En relación con los derechos fundamentales, la eficacia y la eficiencia no siempre resultan aliadas de la seguridad, la igualdad y la libertad, a la postre contenidos esenciales de los derechos vinculados a la dignidad. Ello explica que parte de la doctrina especializada en derechos fundamentales manifieste cautela, pues la disposición de los derechos y su propia naturaleza puede quedar en entredicho cuando quedan sometidas a la voluntad de las partes en la posible solución de un conflicto jurídico. Nos referimos aquí a la cuestión de la participación de los derechos fundamentales en el derecho privado, en concreto, a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*). Coincido con Venegas (2004) cuando apunta:

la razón de esta cuestión radica en el hecho de que se trata de un problema que afecta al propio concepto y fundamento de los derechos humanos y, por tanto, una cuestión que se resuelve dependiendo de la teoría jurídica que se defiende. (p. 17)

Desde el constitucionalismo humanista de Verdú (1998), es fundamental recordar que las características de los derechos como imprescriptibles, inderogables e irrenunciables no son en vano, ni han de quedar al albur de la mejor y más adecuada resolución de conflictos. Especial importancia tienen aquí los derechos fundamentales de trabajadores y consumidores que deben, sobre todo, cumplirse, asegurarse y protegerse.

La solución italiana de una sesión informativa previa

Recapitemos los fundamentos jurídicos y políticos presentes en el contexto de la Unión Europea, por un lado, en el derecho a la tutela judicial efectiva y, por otro, en la mediación, para ver el aporte del ingenio jurídico y político italiano, no en vano heredero del derecho romano, de una elegante solución ante la posible afcción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta solución fue especialmente tratada en los casos *Alasanni* y *Menini* y *Rampanelli*.

Efectivamente, en el ámbito europeo, el derecho a la tutela judicial efectiva recoge todo el contenido sustancial señalado, se configura como un principio general del derecho comunitario y está reconocido en el artículo 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), que se expresa en los siguientes términos:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Esto se concreta expresamente en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que indica: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tienen derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”. De su lectura se extrae que la intención del legislador europeo es la solución jurisdiccional, lo que queda de manifiesto en el segundo apartado del mencionado artículo: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley”. La Carta vincula a ciudadanos, a los Estados miembros y a los poderes públicos cuando apliquen el derecho de la Unión. Esto supone, en el caso que nos interesa, que cuando se transpone la directiva de mediación a través de una ley nacional se está aplicando el derecho de la Unión y, por lo tanto, cumpliendo con el artículo 51 (ámbito de aplicación), por lo que deben cumplirse los dictados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en nuestro caso el mencionado artículo 47.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión ha recogido la doctrina de la limitación de los derechos fundamentales y el contenido del artículo 52.1 de la

Carta, que dicta, por una parte, que la limitación del ejercicio de los derechos y libertades expresados en su articulado debe ser establecida por ley y respetar su contenido esencial (Delgado, 2017), y, por otra parte, cumplir con el necesario respeto por el principio de proporcionalidad, de necesidad e interés general, así como que tal limitación debe establecerse cuando sea necesario para proteger los derechos y libertades de los demás. En estas lides, el alto tribunal europeo pone de manifiesto que los derechos fundamentales y, por lo tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva:

no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados. (Tribunal de Justicia, 2017, p. 45)

Entre tanto, la política de la Unión Europea promueve especialmente la mediación entre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que representan una prioridad para las instituciones europeas. La Unión Europea fomenta estos mecanismos para alcanzar el espacio de libertad, seguridad y justicia que enuncia el Tratado de Ámsterdam desde 1997 (Delgado, 2017). Dentro de las principales motivaciones que la impulsan la disminución de costes y de tiempo, que puede suponer un ahorro de hasta el 60% de los costes y de más del 90% del tiempo (Chéliz, 2018), lo que en términos de eficacia representa un logro en la solución de conflictos. Nótese que no he mencionado el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica, además de esta solución, la administración de justicia.

Ante este panorama, el legislativo italiano estableció en el artículo 5 del Decreto Legislativo 28 de 2010 la mediación como condición previa para iniciar un procedimiento jurisdiccional, con lo cual hizo obligatorio procurar resolver el conflicto a través de mediación asistiendo a una primera sesión informativa, antes de la vía jurisdiccional. Aunque la mediación conciliatoria puede actuar como una técnica alternativa, a su vez, de otra técnica alternativa a los procedimientos judiciales, como lo es el arbitraje. Esta disposición fue declarada inconstitucional con el argumento de que el Gobierno se había extralimitado en el ejercicio de la potestad legislativa delegada, lo que dejó abierta la mediación preceptiva al no pronunciarse sobre si tal práctica contravenía la tutela judicial efectiva. Cabe recordar que el interés político jurídico de la Unión Europea por la mediación culmina en el considerando 14 de la Directiva 2008/52/CE (Parlamento Europeo & Consejo, 2008), que establece que nada de lo dispuesto allí

debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

En la misma línea se sitúa, en materia de consumo, la Directiva 2013/11/UE, que en su artículo 1 dispone que “se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar

en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial” (Parlamento Europeo & Consejo, 2013). Tales consideraciones llevaron al Tribunal Constitucional italiano a entender que la mediación obligatoria era uno de los posibles modelos a adoptar de acuerdo con el derecho de la Unión. Esta argumentación se concretó en el Decreto Ley de 21 de junio de 2013, que, transformado en la Ley de 9 de agosto de 2013, recuperó el mencionado artículo 5 y la “invitación” a las partes para procurar un acuerdo a través de un procedimiento de mediación, al instarlas a asistir a una sesión informativa.

El Tribunal de Justicia de la Unión indica claramente en la sentencia *Menini y Rampanelli* que la mediación obligatoria previa al proceso jurisdiccional puede articularse y no impide la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que es coherente con el reparo que manifiesta al indicar: “en la medida que la instauración de un procedimiento de tentativa de conciliación obligatoria constituye un requisito de admisibilidad de las acciones judiciales, procede examinar si es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva” (Tribunal de Justicia, 2017, p. 78).

De manera definitiva, esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece la coexistencia pacífica y coherente de la mediación previa obligatoria con el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien no se aclararon las consecuencias de no asistir a la sesión informativa, lo que deja de manifiesto la libertad de retirarse del procedimiento sin justificación y sin acarrear consecuencias desfavorables (Tribunal de Justicia, 2017).

Conclusión

En la intrincada y compleja argumentación jurídico-política, las nobles y férreas aspiraciones por proteger el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por una parte, y la habilidad de incorporar la sesión informativa a través del diálogo de los derechos, por otra, se alinean con mecanismos que posibilitan resolver conflictos entre los ciudadanos, y que a la postre son expresiones concretas del reconocimiento de la dignidad de la persona en tanto que reconocen su capacidad de solventar sus lides. El caso italiano, como también el francés, ha superado las críticas doctrinales. En la arena del derecho de la Unión, ha puesto de manifiesto que pueden ser compatibles el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación que propone la solución pacífica de controversias, aspirando a cumplir con resultados concretos para la participación de la sociedad civil en los poderes del Estado. Este modelo, que establece la obligación para las partes de intentar la mediación previa al inicio de un procedimiento judicial en determinadas materias, o bien cuando el tribunal considere conveniente que las partes en un proceso acudan a esta vía, dignifica a los ciudadanos y los reconoce como partes en el fomento de la paz y la seguridad que buscan las sociedades democráticas avanzadas.

Agradecimientos

Los autores desean agradecer a la Universidad Católica de Murcia por su apoyo en la realización de este artículo.

Declaración de divulgación

Los autores declaran que no existe ningún potencial conflicto de interés relacionado con el artículo. Este artículo pertenece al grupo de investigación Derecho, Ecotecnología e Innovación: Claves para el Desarrollo del Siglo XXI.

Financiamiento

Los autores no declaran fuente de financiamiento para la realización de este artículo.

Sobre la autora

María Méndez Rocasolano es doctora por la Universidad Complutense de Madrid, beca Fulbright por Harvard, doctora *honoris causa* por la Universidad de Toledo (Brasil). En la actualidad desarrolla tareas de docencia e investigación como responsable del Departamento de Derecho Constitucional de la UCAM, Universidad Católica de Murcia, España.

<https://orcid.org/0000-0002-5345-8352> - Contacto: mmrocasolano@ucam.edu

Referencias

- Anzures Gurría, J. J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 22. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2010.22.5904>
- Barona Vilar, S. (2016). “Justicia integral” y “access to justice”. Crisis y evolución del paradigma. En *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (pp. 31-56). Aranzadi.
- Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Bleckmann, A. (1988). Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte. *DVBL*, 103, 94.
- Böckenförde, E. W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales* (J. L. Requejo & I. Villaverde, Trans.). Nomos.
- Bonavides, P. (2014). *Del Estado liberal al Estado social* (M. Méndez, Trad.). Astrea.
- Calleja, G., & Delgado, J. J. (2017). Cuba vs. Estados Unidos: el contencioso de la base naval de Guantánamo. En A. M. Alija (Coord.), *Territorio y conflicto en América Latina* (pp. 313-359). Thomson Reuters Aranzadi.
- Carrasco Durán, M. (2020). La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de Derecho Político UNED*, 107, 13-40. <https://doi.org/10.5944/rdp.107.2020.27182>
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2000). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 364/1. <https://bit.ly/3Gz07eD>
- Chéliz Inglés, M. C. (2018). La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros? *Revista de Estudios Europeos*, 71, 189-205. <https://bit.ly/3yeoU12>
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (1950). Roma. <https://bit.ly/3rTZVmd>

- De la Oliva S., A., Díez-Picazo, I., & Vegas T., J. (2016). *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general* (3.ª ed.). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Delgado Morán, J. J. (2017). *Las relaciones internacionales del siglo XXI: transformar el mundo*. Thomson Reuters.
- Delgado Morán, J. J., & Giner Alegría, C. A. (2017). Equilibrio entre información y seguridad nacional o cómo el reforzamiento de la seguridad puede poner en duda el diseño del Estado constitucional y democrático de derecho. En *El terrorismo como desafío a la seguridad global*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Delgado Morán, J. J., Jiménez Reina, J., & Jiménez Reina, R. (2020). Seguridad cooperativa como medida de prevención y respuesta de la Unión Europea. *Revista Científica General José María Córdova*, 18(29), 61-85. <https://doi.org/10.21830/19006586.520>
- Delgado Morán J. J., & Teano F. (2020). Gendering migration: securitization and integration media narratives in Europe. *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 11, 93-126.
- Díez-Picazo Giménez, L. M. (2001). Nota a la renuncia sobre los derechos fundamentales. *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 45, 133-138. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/14551>
- Díez-Picazo Giménez, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Ferrajoli, L. (2015). *Iura Paria. I fondamenti della democrazia*. Scientifica.
- Gomes Canotilho, J. J. (1998). Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 239-260. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048051>
- Gray, J. (2015). *The soul of the marionette. A short inquiry into human freedom*. Farrar, Strauss and Giroux.
- Harari, Y. N. (2018). *21 lessons for the 21st century*. Random House.
- Locke, J. (1969). *Ensayo sobre el gobierno civil (segundo tratado, 1690)*. Aguilar.
- Martín Diz, F. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la Justicia. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 23, 161-176. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945876>
- Mazurier, P. A., Delgado Morán, J. J., Payá-Santos, C. A. (2020). The meta-tragedy of the Commons. Climate change and the securitization of the Arctic region. En J. Ramírez & J. Biziewski (Eds.), *Security and Defence in Europe* (pp. 63-74). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12293-5_5
- Méndez Rocasolano, M. (2000). Un reto de derecho constitucional y la ecología política: el derecho fundamental al ambiente. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 5, 39-65.
- Méndez Rocasolano, M. (2013a). Artigo 15. En *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais* (pp. 239-272). Classica. <https://bit.ly/3dD3c0J>
- Méndez Rocasolano, M. (2013b). Retos constitucionales sobre derechos humanos: los derechos de los niños desde perspectivas axiológico normativas. *Revista Thesis Juris*, 2(1), 328-340. <https://doi.org/10.5585/rtj.v2i1.77>
- Muñiz Pérez, J. C. (2015). Imperium. En *Civitas y cives en San Agustín. La construcción de la Iglesia como Estado: Fundamentos de orden constitucional* (Serie Antigüedad y Cristianismo, 31-32) (pp. 99-110). Universidad de Murcia. <https://bit.ly/3evFbZU>
- Muñiz Pérez, J. C. (2020). Brexit y la fractura del statu quo. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 5(2), 63-79. <https://bit.ly/3H6TEb8>

- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea. (2008). Directiva 2008/52/CE. <https://bit.ly/30hn6vc>
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea. (2013). Directiva 2013/11/UE. <https://bit.ly/31SZJZx>
- Payá-Santos C., Delgado Morán J. J., & Mazurier P. A. (2018). Individual terrorism as a response to the distorted phenomenon of cultural identity. En J. Ramírez & G. Abad-Quintanal (Eds.), *Cross-cultural dialogue as a conflict management strategy* (pp. 34-45). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77231-8_4
- Peiteado Mariscal, P. (2018). Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria. *Estudios de Deusto*, 66(22), 283-322. [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp283-322](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp283-322)
- Pérez Luño, A. E. (1994). *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Tecnos.
- Smend, R. (1982). *Verfassung und Verfassungsrecht. Teoría de la constitución*. Alianza.
- Tribunal de Justicia de la Unión. (2017, 14 de junio). Sentencia ECLI:EU:C:2017:457. Sala Primera. <https://bit.ly/3pRoOvU>
- Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Instituto Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid; Marcial Pons.
- Verdú, L. (1998). *Teoría de las articulaciones constitucionales*. Dykinson.