

Recibido: 11 enero 2108
Aceptado: 19 marzo 2018

Arbitraje, vol. X, nº 3, 2017, pp. 739–781

Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajudiciales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA *

Sumario: I. Contextualización de la investigación. 1. Del por qué de la investigación. 2. El conflicto jurídico, la necesidad de solventarlo, los instrumentos al efecto y los sistemas que constituyen. II. El sistema estatal de resolución de conflictos: el Derecho jurisdiccional y sus elementos. III. El sistema extrajudicial de resolución de conflictos: del *Alternative Dispute Resolution* (ADR) al *Court-annexed ADR* (CAADR) pasando por el *On Line Dispute Resolution* (ODR). 1. Aclaración y pautas de análisis. 2. Contextualización y génesis. 3. Concepto, características y mecanismos concretos. 4. La evolución del ADR: CAADR y el ODR. 5. Nadie dijo que fuera perfecto: críticas a los mecanismos ADR. IV. Primera base del Derecho jurisdiccional diversificado: la jurisdicción y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son complementarios, integrando todos ellos el sistema estatal de resolución de conflictos. V. Segunda base del Derecho jurisdiccional diversificado: es la jurisdicción la que dota de garantías a los mecanismos ADR. Demostración en relación al arbitraje privado. 1. Pautas y aplicabilidad del análisis a cualquier mecanismo extrajudicial. 2. Sobre la naturaleza y constitucionalidad del arbitraje. Casamiento de los mecanismos ADR con el derecho de acción. 3. La función de apoyo y control de la jurisdicción.

Resumen: Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajudiciales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos

La evolución de la sociedad ha supuesto el desarrollo de los métodos de resolución de los conflictos jurídicos. Es importante, al respecto, propugnar el nacimiento del Derecho Jurisdiccional diversificado. Esta rama del Derecho, paradigma de justicia del siglo XXI, integra la jurisdicción y los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, sobre dos bases fundamentales: 1) ambos son complementarios, parte del sistema estatal diversificado de resolución de conflictos, dirigido a ofrecer justicia a la ciudadanía, y 2) es la jurisdicción la que dota de garantías a las técnicas extrajudiciales.

* Profesor agregado (acreditado titular) Derecho Procesal UPV/EHU. Investigación realizada en el contexto del Proyecto de investigación DER2016-74945-R del Ministerio de Economía y Competitividad (“Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia”) y el Proyecto de investigación GIC IT675-13 y de la UFI, dedicados al estudio de la integración política y económica europea.

Arbitraje, vol. X, nº 3, 2017, pp. 739-781
ISSN 1888–5373
DOI 10.19194/arbitrajeraci.10.3.02

Palabras clave: DERECHOS JURISDICCIONAL DIVERSIFICADO – JUSTICIA – JURISDICCIÓN – ARBITRAJE, OTROS MECANISMOS EXTRAJURISDICCIONALES – CONCILIACIÓN – MEDIACIÓN.

Abstract: Welcome commercial and investment arbitration and other extra-judicial mechanisms to Diversified jurisdictional law, branch of law that orders the resolution of legal conflicts

The Evolution of society has led to the development of methods for resolving legal disputes. It is important, in this regard, to advocate birth of Diversified Jurisdictional Law. This branch of law, as paradigm of justice of 21st century, integrates jurisdiction and extra-judicial methods of conflict resolution, on two fundamental bases: 1) both are complementary, part of the diversified state system of conflict resolution, aimed at offering justice to citizenship, and 2) it is the jurisdiction that gives guarantees to extrajudicial techniques.

KEYWORDS: DIVERSIFIED JURISDICCIONAL LAW – JUSTICE, JURISDICCION – ARBITRATION – OTHER EXTRAJURISDICCIONAL METHODS – CONCILIATION – MEDIATION.

I. Contextualización de la investigación

1. Del por qué de la investigación

Desde hace casi una década, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, presenta estudios en torno a temas de candente actualidad, que vienen a responder a dudas, titubeos o incertidumbres que surgen en la implementación práctica de este *mecanismo extrajudicial* de resolución de conflictos, en particular, y otros, en general. Sin negar su trascendencia, y la importancia de estudiar estas cuestiones para la mejora del Derecho, y de la convivencia humana, en cuanto jurisdiccionistas, expertos en la rama del Derecho que analiza la jurisdicción y su funcionamiento y firmes defensores de los *procedimientos complementarios* de resolución de conflictos, en general, y del arbitraje comercial y de inversiones, en particular, cada vez que leemos la revista, y reparamos en los distintos contenidos, sentimos la necesidad de lanzar una proclama: el arbitraje comercial y de inversiones, en particular, y el arbitraje privado, en general, igual que el resto de técnicas de resolución extrajudicial de conflictos, son parte de lo que actualmente se conoce como *Derecho jurisdiccional*, al que, con mayor exactitud, debería llamarse *Derecho jurisdiccional diversificado*. A continuación, nos embarga el ansia de explicar la causa y los efectos de nuestra formulación; de aclarar que la justicia, en cuanto valor supremo constitucional, es una y única, sin perjuicio del mecanismo, técnica o procedimiento por el que se alcanza o reparta; y de que el Poder Judicial y, en relación a

él, nuestras normas y las disciplinas que las estudian, deben evolucionar. Lejos de estar ante argumentos meramente abstractos y filosóficos –de elucubraciones meramente académicas las podría calificar alguien–, entendemos que nos topamos con las bases para el estudio y mejora de las técnicas extrajurisdiccionales (el arbitraje comercial y de inversiones, incluido).

Al estudio de las cuestiones anteriores queremos consagrar este trabajo. Para ello, tras describir sus elementos básicos, vamos a reparar en la vía ordinaria o tradicional de resolución de conflictos, lo que actualmente denominamos jurisdicción, y es objeto de estudio del Derecho jurisdiccional. Nos fijaremos especialmente en sus tres ejes o elementos básicos: la jurisdicción, la acción y el proceso. Con esta base, incidiendo en sus taras u óbices, ahondaremos en el surgimiento de los mecanismos extrajurisdiccionales y en su evolución. Nos retrotraeremos, al efecto, especialmente a EE UU. Nos permitirá ello configurar uno de los fundamentos de nuestra investigación: la jurisdicción y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son complementarios, integrando todos ellos el sistema estatal de resolución de conflictos. Para completarlo, en una tercera parte, y centrándonos en el arbitraje privado en general –del que es especie el arbitraje comercial y de inversiones– demostraremos el fuerte vínculo entre éste y la jurisdicción, lo que justifica su ubicación y estudio en el ámbito del Derecho jurisdiccional diversificado. *Mutatis mutandi* aplicaremos nuestra teoría al resto de mecanismos no jurisdiccionales para la resolución de conflictos. Todo ello para proclamar alto y fuerte el surgimiento de una nueva rama o disciplina del Derecho: *el Derecho jurisdiccional diversificado*.

2. El conflicto jurídico, la necesidad de solventarlo, los instrumentos al efecto y los sistemas que constituyen

Para acercarnos a la cuestión planteada es necesario preestablecer cuatro elementos concatenados. Lo vamos a hacer sucintamente. En primer lugar, base y razón de ser de nuestra disciplina, presupuesto material de las técnicas de resolución de conflictos, entendemos, el conflicto jurídico, sin perjuicio de la rama del Derecho a la que afecte, como una situación de divergencia o disidencia entre dos o más ciudadanos/as y sus diferentes intereses subjetivos¹. Atendiendo a la

¹ No en vano, con J. Corominas i Vigneaux, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. III, Madrid, Gredos, 1972, p. 2, el término conflicto proviene del *conflictus* latino, voz que tiene su origen en *conflingere*, que significa combatir, luchar, pelear,

naturaleza de estos intereses, podemos distinguir entre conflictos privados y públicos, que coinciden (obviamente) con las distintas ramas del Derecho afectadas. Sin perjuicio de que, con las matizaciones pertinentes, todo lo afirmado en este estudio se pueda aplicar a cualquier discrepancia, en cuanto el arbitraje comercial y de inversiones se utiliza para dilucidar las de naturaleza privada, en éstas vamos a hacer especial hincapié. No sin apuntar antes que el conflicto es normal, se ha dado en mayor o menor medida en todas las sociedades, y, por ello, lejos concebirlo como acontecimiento patológico o desgracia², en su justa medida, se ha de entender positivo, en cuanto equilibra los intereses sociales³, y es motor de cambio⁴. Luego, constatado que el conflicto jurídico ha existido y existirá siempre, entendiendo una necesidad pretender su desaparición, lo que se ha de buscar son vías o instrumentos adecuados para su gestión⁵.

A continuación, y como segundo elemento, tenemos que recurrir al Derecho, en cuanto conjunto de normas que rigen el comportamiento de las personas en sociedad, para justificar la necesidad de solventar los conflictos. Corresponde, como es sabido, al Derecho institucionalizar e integrar los conflictos sociales, en general, y los jurídicos, en particular, dotando de seguridad a las relaciones sociales, al tiempo que asegura su conservación y evita su aniquilación. En otros términos: es necesaria la solución del conflicto jurídico para garantizar la justicia y la paz de la sociedad —principales objetivos del Derecho—, en cuanto medios necesarios para asegurar el orden público y lograr la

chocar o golpear entre sí. Se pueden utilizar como sinónimos abundantes términos: discrepancia, diferencia, pugna, enfrentamiento...

² Por todos, M. Nicholson, *Análisis del conflicto*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 2–24.

³ Lo justifican, M. Fraga Iribarne, *Guerra y conflicto social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 14, L. Munduate Jaca, J.M. Martínez Riquelme, *Conflicto y negociación*, Madrid, Eudema, 1994, p. 5 y B. Muldoon, *El corazón el conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 38.

⁴ Describe el conflicto en cuanto fuente de desarrollo y cambio político y social, B. Martínez de Murguía, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Barcelona, Paidós, 1999.

⁵ Sin perjuicio de que en la sociedad moderna el conflicto jurídico se haya desarrollado mucho, tanto cuantitativa, como cualitativamente. Se puede apelar a muchas razones y elementos para justificarlo (desarrollo de la tecnología; administrativización de la sociedad; su globalización y mayor nivel formativo e informativo; auge del consumismo; desarrollo de los distintos ámbitos del Derecho,...), resumidas, en el desarrollo económico, social y cultural de la sociedad. Lo expone claramente, S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 14.

perfección del bien común⁶ En cuanto medio de integración del conflicto, el Derecho es el instrumento de la sociedad y de la organización política Estado de y para la convivencia⁷. A ello cabe añadir que el propio conflicto jurídico, como estado o situación de una relación jurídica, busca su propia solución, resultando sus elementos “las semillas de su resolución”⁸.

Proclamada la necesidad de solucionar los conflictos jurídicos, en una tercera pauta, cabe añadir que, al efecto, se emplean los medios, mecanismos, instancias, instrumentos, procedimientos o vías concretas establecidas o reconocidas por el ordenamiento jurídico⁹. Todos ellos persiguen el predominio de la justicia y la paz entre las partes contendientes en aras de asegurar el orden público y el bien común. En el marco del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución española (art. 1.1º) (en adelante, CE), la principal característica de cualquier mecanismo de resolución de conflictos es el empleo exclusivo de la razón y la prohibición del uso de la fuerza en cuanto método¹⁰. Vetadas, no obstante, las vías irracionales e incivili-

⁶ Casi literal, J. Brufau Prats, *Teoría fundamental del derecho*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 221. Muestran postulados similares, M.M. Zorrilla Ruíz y F. Lledó Yagüe, *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 91. También, V. González Radio, *Justicia y globalización*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 2000, p. 53. Es, no obstante, vital remarcar que el Derecho no se limita a exigir la composición pacífica de los conflictos; va más allá, otorgando igual importancia —o más si cabe— a la prevención de aquéllos. Esta labor la acomete el ordenamiento jurídico reglamentando y disciplinando la actividad de las personas y delimitando mediante relaciones jurídicas los vínculos y facultades de los sujetos del Derecho. Incidimos en esta doble actuación preconflictual y postconflictual del Derecho, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Granada, Comares, 2009, p. 56.

⁷ En sentido similar, A.M. Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, J.M. Bosch editor, 2000, p. 15.

⁸ Expresión de B. Martínez de Murguía, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 105. En sentido parecido, A. Floyer Acland, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 119, remarcando que cuando se plantea un conflicto, por definición, se está requiriendo una salida al mismo, en cuanto es la idea del posible arreglo y el cambio que conlleva en la relación o situación jurídica, el que da sentido a cualquier discrepancia. También, E. Vinyamata Camp, *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 21 y J.C. Dupuis, *Mediación y conciliación*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perret, 2002, p. 33.

⁹ Son muchos de los sinónimos que emplea la doctrina, a los que cabe añadir dos típicos anglosajones: “formas” o “métodos de resolución”.

¹⁰ Por ello, se utiliza la denominación de medios pacíficos de resolución de conflictos. El ordenamiento jurídico español reniega de la autodefensa como mecanismo de resolución mediante disposiciones normativas que conllevan la prevalencia de la razón y el rechazo frontal de la violencia. En plena coherencia, nuestro Derecho penal prohíbe expresamente la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 Código Penal —en ade-

zadas para solventar las discrepancias, alternativamente, el Estado debe ofrecer a la ciudadanía formas o métodos aptos para ello; cuantos más, mejor¹¹. En este contexto, en nuestro ordenamiento jurídico, además de la jurisdicción —a la que también podemos denominar vía pública de resolución de conflictos, encarnada en el Poder Judicial estatal y basada en el ejercicio por parte de éste de la función jurisdiccional—, existen abundantes mecanismos extrajurisdiccionales, fundamentados en la autonomía de la voluntad de las partes, dirigidos a solventar disputas jurídicas. Los principales son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Estos tres procedimientos genéricos y todas sus especies —por ejemplo, el arbitraje comercial y de inversiones— integran el espacio privado de resolución de disputas.

Solo resta presentar un último elemento para contextualizar nuestra investigación: los mecanismos de resolución no aparecen en el ordenamiento jurídico como realidades aisladas y estancas. Más al contrario, unas técnicas se relacionan con otras; comparten principios, garantías y ordenación; a veces, incluso medios materiales y personales necesarios para su gestión. Esto hace que tengamos que traer a la palestra una categoría superior, el concepto de sistema: sistema de resolución de conflictos. Adaptando la definición del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, a nuestro análisis, podemos definir como sistema de resolución de conflictos aquel “conjunto de reglas o principios sobre *resolución de conflictos jurídicos*

lante, CP—), lo que supone que, si una persona se considera lesionado en uno suyo, debe acudir a instancias institucionalizadas para hacerlo valer y nunca a la fuerza, tipificándose como delito de coacción el uso de ésta como medio para solventar conflictos (art. 172 CP). En lectura doctrinal, se dice que se prohíbe la autotutela o autodefensa, también denominada autoayuda o *Ley del Talyon*, la forma más primitiva de resolución de conflictos, propia de las sociedades menos avanzadas, que utiliza la fuerza como base para la resolución de las disputas. Ciertamente, esta técnica de resolución de conflictos es fiel reflejo del instinto más animal y atávico del ser humano, que, ante una lesión a su interés, reacciona de una manera totalmente emocional, valiéndose de todo tipo de recursos —entre ellos, principalmente, la violencia— para recobrar, resarcirse o recuperarse de su lesión. Sin duda, esta respuesta, en cuanto hace prevalecer el interés del más fuerte sin atender a valores como la justicia, la paz, el orden público y el bien común, convierte este instrumento de resolución de conflictos en injusto y peligroso. Mucho se ha escrito sobre el peligro de la autotutela. En este sentido, apela al riesgo de la destrucción del Estado de Derecho, F. Ramos Méndez, “La eficacia del proceso”, *Justicia*, n.º. 2/1982. En la misma línea, califica la autodefensa —que combina la parcialidad y el egoísmo— de “solución deficiente y peligrosa en grado superlativo”, N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, auto-composición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 13.

¹¹ Subyace la idea que en Norteamérica se ha denominado “diversificación de los métodos de resolución”, que expondremos, más adelante, y que es eje del Derecho jurisdiccional diversificado.

racionalmente enlazados entre sí” o “como el conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a solventar el conflicto jurídico”¹². De ambas debemos deducir dos ideas. En primer lugar, es necesario diferenciar el mecanismo concreto de resolución del sistema en el que se encuadra. Ciertamente, una realidad es el procedimiento determinado para solventar un conflicto (los típicos, la jurisdicción, la conciliación, la mediación y el arbitraje) y otra diferente el sistema de resolución en el que se ubica aquél. El primero es parte del segundo, pero este último, además, integra otros elementos, e incluso, más técnicas o mecanismos, ordenados todos ellos, más o menos adecuadamente, con el objetivo de solventar el conflicto. Aclara la cuestión el poner nombre a los sistemas. Existen únicamente dos sistemas para solventar los conflictos: el jurisdiccional y el extrajurisdiccional. Encuadramos los distintos mecanismos en uno u otro atendiendo al ejercicio de la función jurisdiccional estatal. Aquéllos que se sirvan o empleen esencialmente la jurisdicción estatal, se insertan en el sistema jurisdiccional, y los demás, en el extrajurisdiccional. Luego, ubicamos en el primer sistema exclusivamente la jurisdicción y el resto de técnicas (conciliación, mediación y arbitraje) en el segundo. Con ello, el escenario dibujado acerca nuestro estudio al debate doctrinal que confronta técnicas extrajurisdiccionales y la vía jurisdiccional¹³. En las próximas líneas vamos a hacer hincapié en ambos sistemas y en sus elementos. Como veremos en este estudio, el espacio público y privado de resolución de conflictos están más vinculados de lo que parece: ambos se encuentran y acoplan en *el Derecho jurisdiccional diversificado*. A explicar y argumentar esta tesis vamos a dirigir los próximos apartados.

II. El sistema estatal de resolución de conflictos: el Derecho jurisdiccional y sus elementos

Denominamos vía jurisdiccional al sistema estatal (público) de resolución de conflictos, esto es, al mecanismo más importante para solventar diferencias que institucionaliza la CE, identificándolo con

¹²Adaptaciones de las primeras dos acepciones que recoge el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (<http://dle.rae.es/?id=Y2AFX5s>), que describe el sistema como “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí” y como “conjunto de cosas que ordenadamente relacionados entre sí contribuyen a un determinado objetivo”.

¹³ Por todos, M. Taruffo, “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, AAVV (P. Andrés Ibáñez, ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 144.

uno de los Poderes que aquélla instituye (el Judicial). Muestra de la importancia de esta técnica de composición, una rama del Derecho se dedica exclusivamente a su estudio. Nos referimos al *Derecho jurisdiccional*, parcela a la que tradicionalmente se ha denominado Derecho procesal¹⁴. Para entender la disciplina, en general, y su objeto de estudio en particular, tenemos que referirnos a los tres elementos que la vertebran: la jurisdicción, la acción y el proceso.

La jurisdicción es el elemento más importante del Derecho Jurisdiccional, el que lo identifica. Entendemos por jurisdicción dos conceptos o realidades totalmente relacionadas o vinculadas. Por una parte, es jurisdicción el conjunto de órganos jurisdiccionales y los jueces y magistrados que los componen. Es, también, jurisdicción, por otra parte, la función que, en los mentados órganos, aquéllos desempeñan. Predicable de cualquiera de sus dos acepciones, la jurisdicción es una y única, porque una y única es la Soberanía que existe en España, la que reside en el pueblo español y de la que se deriva el Poder Judicial y su función (art. 1.2º CE). Luego, una y única es la organización de los órganos jurisdiccionales y uno y único es, igualmente, el cuerpo de jueces que lo sirve –sin perjuicio de la rama del Derecho que apliquen–. Del mismo modo, una y única es la potestad jurisdiccional y la función jurisdiccional –la facultad de aplicar la ley al caso concreto con carácter imperativo–, sin perjuicio de la organización territorial autonómica de España¹⁵.

Para entender la jurisdicción, en cuanto vía estatal (pública) de composición de conflictos, es necesario recalcar la naturaleza de autoridad de jueces y magistrados, en cuanto detentadores de la potestad jurisdiccional, que les habilita, en nombre del Estado, para solventar

¹⁴ Se debe esta nueva configuración a J. Montero Aroca, quien, ya hace años, apuntó y razonó que la rama del Derecho a la que se venía denominando Derecho Procesal ordena otros elementos, además, del proceso: la jurisdicción y la acción. Es más, argumenta que el elemento eje de la materia es la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial, mediante la que los jueces y magistrados cumplen la función jurisdiccional que les encomienda la CE y la ciudadanía satisface el derecho a la tutela judicial efectiva que le reconoce la Carta Magna. Lo explica, J. Montero Aroca, "Del Derecho procesal al Derecho jurisdiccional", *Justicia*, nº. 2/1984 y, del mismo autor, *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 19–45.

¹⁵ En el Estado de las Autonomías (arts. 2 y 143 CE), sin perjuicio de la organización territorial del Estado, uno y único es el Poder Judicial o jurisdicción que ejerce la función jurisdiccional en todo el suelo español. Es una realidad recogida expresamente en la CE (arts. 117.5) a la que denominamos *principio de unidad jurisdiccional*. Lo explican, J.L. Ibarra Robles y J.C. Da Silva Ochoa, "El principio de unidad jurisdiccional en el Estado Autonomático", AAVV (coord. M.A. García Herrera, J.M., Vidal Beltrán, J.M. Sevilla Segura,), *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. 1, Madrid, Colex, 2005, pp. 315–330.

con carácter dirimente –actuando *supra partes*– las discrepancias jurídicas de la ciudadanía. Técnicamente su tarea, denominada función jurisdiccional, consiste en aplicar el Derecho objetivo al caso concreto, juzgando y ejecutando lo juzgado –mediante la tutela declarativa y ejecutiva, respectivamente (arts. 117.1º y 9.1º CE)– y asegurando ambas mediante la tutela cautelar (art. 5 LEC. Los jueces detentan el monopolio de la función jurisdiccional (art. 117.3º CE) al tiempo que es la única tarea que pueden desarrollar (art. 117.4º CE)¹⁶ Esta función la acometen de modo irrevocable, sometidos única y exclusivamente a la Ley, en cuanto forma de proteger y garantizar su independencia, y con el objetivo de garantizar la coercibilidad de las leyes.¹⁷

El segundo gran eje del Derecho jurisdiccional es la acción. Constitucionalizada en el art. 24 CE, que ordena el derecho a la tutela judicial efectiva, entendemos por acción o derecho de acción el conjunto de derechos que se reconoce a la ciudadanía frente o ante la jurisdicción. Como apunta la jurisprudencia del TC, “la primera nota del derecho a la tutela judicial consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo”¹⁸. Son parte de este derecho, igualmente, la prohibición de la indefensión, el derecho a una resolución, el derecho a la ejecución de la misma, el derecho a los recursos y el derecho

¹⁶ Son las dos vertientes del denominado principio de exclusividad jurisdiccional, configurado como garantía esencial para la ciudadanía. Remarca su importancia en la configuración del sistema judicial, J.L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 62. Se asegura, al tiempo, a la ciudadanía que siempre hay un órgano judicial competente para conocer de su conflicto establecido antes de que éste tenga lugar (art. 24.2º CE), quedando terminantemente prohibida la creación *ex post facto* de aquéllos (art. 117.6º CE). Es lo que se denomina el principio de juez legal o predeterminado. Ahondan en sus implicaciones, J. Burgos Ladrón de Guevara, *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Civitas–Universidad de Córdoba, Madrid 1990 y L.A. De Diego Díez, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.

¹⁷ En este sentido, A. Montoro Ballesteros, “Conflicto social, derecho y proceso”, AAVV, *Derecho y proceso. Estudios jurídicos en honor al Profesor Antonio Martínez Berrocal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980, p. 494, postula que la función jurisdiccional del Estado constituye una de las garantías fundamentales de la eficacia del Derecho y de la subsistencia del Estado. Ciertamente, los órganos judiciales aplican la ley de modo irrevocable satisfaciendo definitivamente la pretensión y la resistencia. Después de esta actuación no existe la posibilidad de volver a suscitar la misma cuestión, surgiendo la cosa juzgada, dotando de seguridad jurídica las relaciones sociales y asegurando el respeto a las leyes.

¹⁸ Literal, STC 65/1985, de 23 de mayo. Este derecho es el *prius lógico* para poder ejercer el resto de los que integran la acción. Lo apuntan, enfatizando su carácter esencial para la eficacia del derecho de acción: STC 19/1981, de 8 de junio, STC 111/2000, de 5 de mayo y STC 11/2001, de 29 de enero.

a la tutela cautelar. La acción requiere, además, que en todo caso se respeten la ley y las garantías que aquélla reconoce a las partes del proceso¹⁹.

Por último, el proceso es el instrumento de los dos anteriores. Así, deviene esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, en cuanto jueces y magistrados no pueden servir o impartir justicia a su libre albedrío, sino que, para cumplir su cometido, deben seguir una sucesión de actos con los requisitos y las formas exigidas por la ley. En otros términos: sólo mediante el proceso se puede desarrollar la función jurisdiccional. Queda clara así la importancia del proceso para el jurisdicente. No lo es menos para los justiciables, pues aquél es el medio o instrumento jurídico por el que éstos ven satisfecho su derecho acción, en general, y el compendio de derechos que el mismo conlleva, en particular.

Para terminar de exponer la jurisdicción o el sistema estatal de resolución de conflictos cabe añadir dos elementos. En primer lugar, trayendo a la palestra los órdenes jurisdiccionales, es importante apuntar que, para responder específicamente a los distintos conflictos que se dan en la sociedad, la jurisdicción, en el contexto de su unicidad, se estructura en cuatro órdenes jurisdiccionales (civil, penal, administrativo y laboral) (art. 9 LOPJ, conociendo cada uno de ellos de su correspondiente ámbito material del Derecho²⁰). Por otra parte, la sucinta descripción realizada muestra que, sin perjuicio de todos los defectos o taras que se pueden advertir en la vía jurisdiccional —los apuntaremos en el próximo apartado—, realmente es un sistema, articulado coordinadamente en torno a los tres elementos mentados, previsto en todos sus extremos en la ley, impregnando ésta de seguridad

¹⁹ Reconoce otras garantías para la ciudadanía, en el ámbito jurisdiccional, la propia CE en su art. 24.2º: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y asistencia de letrado, el derecho de los justiciables a ser informados de la acusación formulada contra ellos, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia. La mayoría de estos se prevén para el proceso penal, mostrando el legislador una protección especial de los ciudadanos que concurren en el mismo.

²⁰ Así, el orden civil conoce del derecho privado (art. 9.2º LOPJ), el penal de causas y juicios criminales (art. 9.3º LOPJ), el administrativo “de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo” (art. 9.4º LOPJ) y el laboral “de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral” (art. 9.4º LOPJ). Se atribuye, asimismo, al orden civil *vis atractiva*, conociendo de todas las materias no atribuidas expresamente al resto (art. 9.2º LOPJ).

jurídica todas sus piezas o componentes²¹. A ello hay que sumarle que este sistema cuenta con el aval del Estado, no en vano, se estructura en torno a uno de sus poderes²², y que siempre, conforme a ley, se asegura su objetivo —la obtención de una solución al conflicto—, pues al ser la potestad jurisdiccional irrenunciable, cuando unas personas presentan una disputa a los jueces, éstos están obligados a resolverla²³. La especialización que suponen los distintos órdenes jurisdiccionales y los tipos de tutela (declarativa, ejecutiva y cautelar), que se complementan perfectamente, son otras fortalezas de la jurisdicción, a las que podríamos sumar la necesidad de motivar las resoluciones judiciales (arts. 24 y 120.3º CE), el efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes o el conjunto de garantías que se reconoce a la ciudadanía, en general en la ley, y en torno al derecho de acción, en particular.

III. El sistema extrajurisdiccional de resolución de conflictos: del *Alternative Dispute Resolution* (ADR) al *Court-annexed ADR* (CAADR) pasando por el *On Line Dispute Resolution* (ODR)

1. Aclaración y pautas de análisis

Ahondando ya en lo que hemos identificado como sistema extrajurisdiccional, vamos a reparar en las que en el mundo anglosajón se denominan formas no litigiosas o no jurisdiccionales de resolución de los conflictos jurídicos (*forms of non-litigious dispute resolution*), aquellas que se han explicado remarcando falsamente su contraposición a la jurisdicción ("*adversarial legal way*", "adjudication litigation" o "*Legal Justice System*") y a las que tradicionalmente se han agrupado bajo la denominación ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Vamos a reparar, en primer lugar, en su contextualización y génesis; para, a continuación, centrarnos en su concepto, característi-

²¹ En el Estado de Derecho (art. 1 CE) es la ley la que ordena quién, cuándo y cómo puede acceder a la jurisdicción, a qué orden y órgano judicial, en su caso; cómo deben actuar los ciudadanos interesados y el órgano judicial,...

²² Por eso, se identifica como "el sistema público" de resolución de conflictos. Por todos, J. Subijana Zunzunegui, "Apunte reflexivo sobre la justicia", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 44, 2002.

²³ Existiendo siempre, conforme a ley, un órgano competente, al efecto. Lo garantiza el art. 448 CP, disponiendo que "el Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años".

cas y técnicas concretas. Tras exponer la evolución que han vivido, finalizaremos, mostrando sus puntos oscuros o débiles.

2. Contextualización y génesis

Siempre se ha mantenido que el origen del ADR está en EEUU, lo que se debe entender y matizar apelando a 2 elementos: (1) la Federación de Estados norteamericana es la sociedad más conflictiva del mundo, en la que la jurisdicción nunca ha sido el sistema de resolución de conflictos más utilizado²⁴, y (2) si bien aquella bebe de la práctica de grupos religiosos y étnicos de inmigrantes²⁵, también se alimenta de su propia tradición o práctica comercial y laboral²⁶. Pero, sin duda, y sin perjuicio de que en otros lugares del mundo también se han buscado fórmulas extrajurisdiccionales de composición de conflictos²⁷, la intensidad con la que, modernamente, surgió el fenómeno en tierras norteamericanas es lo que ha hecho que se consideren éstas cuna del movimiento, lugar de donde se ha extendido a todo el planeta. Tenemos que identificar, como su contexto doctrinal, el movimiento ideológico–práctico autodenominado “Critical Legal Studies”, que, con origen en la línea filosófica–jurídica de pensamiento caracterizada por la vuelta al realismo jurídico, surgió en la década de

²⁴ Ofrece datos que vienen a decir que es la sociedad, no solo con más conflictos jurídicos, sino también con más abogados del planeta, sin perjuicio de que la mayoría de controversias se dilucidan fuera de los tribunales, E. Costello, “ADR: virtue or vice?”, *Dispute Resolution Journal*, n.º. (mayo) 1999. Y, es que como apunta E. Borrajo Dacruz, “Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos de trabajo”, *Documentación Laboral*, n.º. 10/1983, “han hecho filosofía nacional de la transacción y el compromiso”.

²⁵ Desde los puritanos del siglo XVI hasta los holandeses de New Amsterdam, los judíos del East Side de Manhattan, los escandinavos de Minnesota y los chinos de la Costa Oeste. Todos ellos, como apunta O.M., Fiss, “Out of Eden”, *Yale L. J.*, n.º. 94/1985, resolvían sus diferencias mediante la mediación de los ministros de su Iglesia o de los ancianos. También, S.B., Goldberg, E.D., Green, F.E.A. Sander, *Dispute Resolution*, Boston, Little, Brown and Company, 1985, pp. 3 ss.

²⁶ En la que se constata que, desde siglos atrás, asociaciones comerciales de determinados sectores industriales (pieles, seda, marítimo,...) establecieron sus propios canales privados de resolución de conflictos. Lo remarca, apuntando que el arbitraje comercial nació en 1768, cuando la cámara de comercio de New York creó su propia vía de resolución de conflictos, basada más en los usos comerciales que en los principios legales, J.M. Sabatino, “ADR as “Litigation lite”: procedural and evidentiary norms embedded within Alternative Dispute Resolution”, *Emory L. J.*, vol. 47, 1998.

²⁷ Especialmente, en países tan variopintos como, Japón, Australia, Canadá, India o los de Hispanoamérica. La propia UE ha fomentado los mecanismos ADR. Con S. Barona Vilar, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. Alternativa...*, *op. cit.*, p. 42, debemos aclarar que no estamos ante un fenómeno localista o localizado, sino, antes al contrario, globalizante y, sobre todo, de carácter expansivo en estos momentos.

los 70 del siglo pasado en la Universidad de Harvard²⁸, y como hecho puntual concreto, que marcó el inicio del cambio en la cultura y mentalidad en la resolución de conflictos norteamericana, la denominada Conferencia Pound. Celebrada en Saint Paul (Minnesota), en mayo de 1976, para conmemorar el septuagésimo aniversario del discurso pronunciado por Roscoe Pound —uno de los padres fundadores del Derecho norteamericano—, con concurrencia de representantes de los diversos estamentos jurídicos —jueces incluidos— abordó las causas de la insatisfacción popular de la Administración de Justicia americana (*The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*). Todas las debilidades del sistema jurisdiccional norteamericano quedaron patentes: su carestía; las consecuencias negativas de su naturaleza adversativa, que hace más enemigos a las partes; su tecnicismo; el colapso de los órganos judiciales y sus consecuencias; su ineficacia..., especialmente se destacó la incapacidad intrínseca del sistema jurisdiccional para asegurar a toda la ciudadanía el acceso a la justicia²⁹. Sin conformarse con la mera constatación, en busca de soluciones, mostró la importancia de la existencia y utilización de mecanismos privados de resolución de conflictos jurídicos, ajenos al aparato jurisdiccional, que actúen conforme a reglas flexibles e informales, en cuanto medio para asegurar a la ciudadanía, sin perjuicio de sus recursos económicos, la tutela adecuada de sus derechos³⁰.

Especialmente conviene destacar, en cuanto base de la tesis que presentamos en esta investigación, que esta convención, lejos de plantear la eliminación de la vía jurisdiccional, únicamente postuló la necesidad de diversificar los medios de resolución de conflictos, reservando la actuación judicial y los recursos limitados con los que ésta cuenta, para aquellos casos en que su utilización no fuera anti-económica, contribuyendo, con ello, a la mejora de la propia jurisdicción, reduciendo el colapso de los órganos judiciales y la sobreactividad de los jueces.

²⁸ Este movimiento postuló la instalación o inserción de la realidad social en la ciencia jurídica, propugnando que ésta debía interesarse menos por el estudio de las instituciones jurídicas y más por los conflictos jurídicos y sus vías de resolución. De cariz antiformalista y socialmente crítico, proclamó la necesidad de reforzar los mecanismos extrajurisdiccionales para la resolución de conflictos jurídicos.

²⁹ Todas ellas taras que se siguen predicando actualmente de la vía jurisdiccional.

³⁰ Acopian sus actas, AAVV (Ed. Levin—Wheller), *The Pound Conference: Perspectives of Justice in future*, Saint Paul, Minnesota 1979 y F.E.A., Sander, *Conference on causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*, National Center for State Courts, Washington 1976.

3. Concepto, características y mecanismos concretos

De entre todas las definiciones que hemos leído sobre el ADR, la que más nos gusta –a priori y sin incidir en su evolución, que trataremos en el próximo apartado– es la que se refiere a “un conjunto de prácticas y técnicas dirigidas a posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas; a reducir el coste y la dilación en relación al proceso judicial y a prevenir conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales”³¹. Estamos, por tanto, ante una pluralidad de mecanismos, técnicas o procedimientos de resolución de discrepancias, que comparten, *a priori*, un marco extrajurisdiccional o ajeno a la potestad jurisdiccional y a los órganos judiciales. Se habla, en este sentido, –incorrectamente, a nuestro juicio, como comprobaremos más adelante– de un marco de justicia privada³². Detentan, al mismo tiempo, un objetivo común: superar los defectos de la jurisdicción, garantizando el acceso a la justicia a toda la ciudadanía, y solventando las disputas con beneficios para ambas partes contendientes³³. Se basan, para ello, en la libertad de las partes, que optan por abandonar el espíritu adversativo que guía la jurisdicción y profundizar en la cooperación de buena fe entre ellas, buscando, mediante el diálogo, en un espacio informal, flexible y confidencial, la mejor solución para ambas a su conflicto³⁴. Ésta es, en todo caso, fruto de su

³¹ La recoge J.K. Lieberman y J.F. Henry, “Lessons from the Alternative Dispute Resolution movement”, *University Chicago L. Rev.*, nº 53, 1986.

³² Gráficamente, se dice que son mecanismos que suponen “la fuga de la jurisdicción”. Casi literal, E. Rolph, E. Moller, L. Petersen, “Escaping the courthouse: private Alternative Dispute Resolution in Los Angeles”, *J. Disp. Res.*, nº 2, 1996. En España, E. Silvestri, “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 37, 2000.

³³ Se habla de la resolución del conflicto de “manera productiva” (*in a productive way*), con reducción de todo tipo de costes (económicos, temporales, psíquicos,...) y mejora en la calidad de las resoluciones. En el mismo sentido, es famoso el *win-win* que caracteriza a estas técnicas.

³⁴ Para ello, “sientan a las partes en la mesa” (“*brings affected parties to the table*”) dicen en inglés J.R. Ehrmann, B.L., Stinson, “Human Health Impact assessment (HHIA): the link with Alternative Dispute Resolution”, *Environmental Impact Assessment Review*, nº 14/1994. Apartada la confrontación, el enfado y la revancha que caracterizan la jurisdicción, las partes optan por mejorar los canales de comunicación y clarificar malentendidos. Acertadamente, J.F., Six, *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 12, describe las técnicas ADR como el paso de una cultura de confrontación a otra de comunicación. Más expresivo aún, M. Berzon, “Settlement disputes, without boxing gloves”, *American Shipper*, diciembre 1995, habla de la resolución de conflictos “sin guantes de boxeo”. En España, se refirió, de manera muy afortunada, a “la justicia coexistencial”,

consentimiento y consenso (*consensus decision making*). Luego, ante la fuerza, coacción e imperatividad (en fundamentos, formas, lugares, tiempos y desarrollos) que rige la jurisdicción, se opta por la construcción conjunta y pacífica de espacios de entendimiento; controlados en todos sus extremos (lugar, tiempo, formas,...) por las partes³⁵, que tienen como fruto acuerdos creativos, que descubren las causas de las discrepancias, que mantienen las relaciones jurídicas y evitan conflictos futuros.

Obviamente, en cuanto los mecanismos ADR suponen un acuerdo consensuado que pone fin a los conflictos, solo pueden tener cabida, a priori, en materia disponible, es decir, en controversias reguladas mediante normas no imperativas³⁶. Con esta "limitación", se extienden a muchos aspectos conflictivos de la vida social: consumo; seguros; industria eléctrica, constructora, petrolífera y de gas; patentes y marcas; viajes y turismo; deporte; guarda, custodia y tutela; pesca; banca; quiebra;... quedando patente la capacidad de las técnicas extrajurisdiccionales para adecuarse a la controversia y necesidades concretas de las partes³⁷. Especialmente se han constatado estas virtudes en el ámbito comercial internacional, donde la jurisdicción ha resultado tradicionalmente especialmente problemática, por sumarse a sus debilidades típicas (coste temporal y económico, espíritu adver-

J. Almagro Nosete, "Alternativas al proceso jurisdiccional", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1489, 1988.

³⁵ Modifica B.G. Picker, "ADR. New challenges, new roles and new opportunities", *Dispute Resolution Journal*, n.º. febrero-abril 2001, la A del acrónimo ADR (*Alternative*) por *Active* (*Dispute Resolution*), remarcando que, frente a la pasividad de los ciudadanos afectados en la vía jurisdiccional, que ven como un tercero, que no les conoce de nada, resuelve sobre sus vidas y su futuro, en las técnicas extrajurisdiccionales, éstos son los artífices de la resolución.

³⁶ Sin perjuicio de que, en el ámbito anglosajón, también se apliquen a conflictos de naturaleza administrativa (medioambiente, tributación,...) y penal (negligencias médicas,...). En este sentido, sobre el empleo de mecanismos ADR en materia medioambiental —en la que se habla de "Environmental Dispute Resolution" (EDR)— R.F., Blomquist, "Is environmental Alternative Dispute Resolution workin in America?", *Environmental Law Reporter*, n.º 8/2000, o del mismo autor, "Some (mostly) theoretical and (very brief) pragmatic observations on environmental alternative dispute resolution in America", *Valparaiso Univ. J. Rev.*, vol. 34, 2000. Muestra su aplicabilidad en diferencias relativas a impuestos, en conflictos entre la Administración y la ciudadanía, T. Scherer, "Alternative Dispute Resolution in the Federal Tax Arena: The Internal Revenue Service opens its doors to mediation", *J. Disp. Res.*, n.º. 2/1997. Sobres sus bases y práctica en el ámbito médico, por todos, A. Lieberman, T.M. Rotarius, L. Kendall, "Alternative Dispute Resolution: a conflict management tool in health care", *Health Care Supervisor*, diciembre 1997.

³⁷ Sobre las temáticas a las que se pueden aplicar, I. Ordeñana Gezuraga, *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Thomson Reuters— Civitas, 2009, pp. 36—41.

sativo e impositivo...), una jurisprudencia errática y los inconvenientes derivados del sometimiento a un tribunal foráneo que aplica un Derecho sustantivo extranjero³⁸.

Conforme a la pretensión del ADR de diversificar los medios de resolución del conflicto jurídico, es característica básica del sistema extrajurisdiccional la pluralidad de mecanismos, al efecto. Se trata de ofrecer una amplia gama de procedimientos para solventar disputas, para que las partes, en el caso concreto, atendiendo a la controversia determinada y a sus necesidades específicas, y a las ventajas e inconvenientes que cada técnica presenta en relación a los mismos, elijan el que más les convenga. En consonancia, resulta difícil enumerarlas, concibiéndolas, *ab initio*, como *numerus apertus*, resultando el único límite que tiene su existencia la imaginación de las propias partes. Así, si bien en la práctica existen unos mecanismos típicos – conciliación, mediación y arbitraje³⁹–, es posible, en la configuración de la técnica concreta, modificar alguno de sus elementos básicos o crear una combinando componentes de diferentes (*hybrid procedure*). Luego, la flexibilidad que caracteriza los procedimientos alternativos, no aparece únicamente en su desarrollo, sino también en su creación o planteamiento⁴⁰.

Todas las técnicas ADR comparten fundamento (las partes libremente optan por no acudir a la jurisdicción e intentar solventar pacíficamente su conflicto), flexibilidad e informalidad en su desarrollo (las partes fijan los tiempos, lugares, actuaciones a realizar,...) y el recurso a un tercero (*third neutral*) –elegido directamente por ellos o por una institución o asociación a la que se lo encomienden– que les ayuda (actuando, generalmente, *intra partes*) a solventar sus conflictos. En este sentido, son precisas dos matizaciones. Conforme a lo expuesto, la doctrina mayoritaria –no unánime– mantiene que la ne-

³⁸ En este sentido, por todos, en el ámbito anglosajón, D.A. Naranjo, "Alternative Dispute Resolution of International private consumer disputes under the NAFTA", *Texas Bar Journal*, febrero 1996 y M. Wang, "Are alternative dispute resolution methods superior to litigation in resolving disputes in international commerce?", *Arbitration International*, n.º 2, 2000. En España, J.C. Fernández Rozas "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º. 2/2005.

³⁹ En España se refiere a éstos como "medios típicos de resolución alternativos a la vía jurisdiccional", A. Gullón Ballesteros, "Retardo en la solución judicial del litigio", *Reflexiones sobre la justicia en España*, Madrid, Doce Calles, 1999, p. 56.

⁴⁰ Ello posibilita que los distintos sectores empresariales o industriales creen las técnicas que más se ajustan a las características de los conflictos que padecen, si bien complica, al mismo tiempo, la enumeración de aquéllas, pues lo mismo puede recibir nombres dispares en lugares, sectores o empresas diferentes.

gociación pura (la realizada por las partes sin asistencia de tercero alguno) no es parte del ADR⁴¹. Del mismo modo, no faltan autores que sitúan al arbitraje fuera del ADR, alegando su carácter adjudicativo similar a la jurisdicción⁴².

Con todo, y con las matizaciones apuntadas, en un listado abierto de mecanismos ADR, caben la mediación, que en el entorno anglosajón no se diferencia de la conciliación, entendiéndose que el mediador puede tener, conforme al deseo de las partes, más o menos protagonismo, pudiendo llegar a proponer propuestas de solución no vinculantes (*non-binding*); el *mini-trial* o mini juicio, que se basa en la negociación por un órgano colegiado compuesto por un tercero neutral y un representante de cada parte⁴³; el *fact-finding* o determinación de hechos, en el que el tercero incide en lo acontecido en torno al conflicto para llegar a una solución⁴⁴; el *early neutral evaluation*, en el que el tercero indica a las partes, en un momento incipiente de su conflicto, como lo resolvería un juez⁴⁵; el *summary jury trial* o juicio sumario con jurado que, logísticamente complicado, supone la reproducción de un juicio con jurado, en el que éste ofrece a las partes un veredicto no vinculante (*advisory jury verdict*), como punto de inicio para su negociación; el *private judge* (juez privado) o *rent a judge* (alquilar un juez), que permite actuar como tercero, sin ejercer fun-

⁴¹ Avalados por la propia ley estadounidense reguladora del ADR, la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998, que en su definición del sistema extrajudicial, se refiere "a todo proceso distinto al de decisión judicial en el que un tercero imparcial o neutral participa para ayudar a las partes a resolver el conflicto" (art. 651). Sin perjuicio de ello, no se desconoce la importancia de la negociación (pura), en cuanto forma de solventar las disputas, considerándose, por muchos, técnica esencial del ADR.

⁴² Apuntando, al respecto, que el ADR ha surgido no sólo para hacer frente a las deficiencias de la jurisdicción, sino también del propio arbitraje. Pendientes del estudio de la relación del arbitraje con la jurisdicción, adelantamos que no compartimos esta opinión.

⁴³ En este mecanismo las partes, además de elegir un tercero de común acuerdo (*neutral advisor*), nombra cada una a un representante (*top management* o *senior executive*) que, con ayuda de aquél, negocia la solución al conflicto. Previamente, las propias partes en conflicto, en una audiencia (*trial* o *hearing*), exponen a este órgano colegiado el conflicto.

⁴⁴ El tercero se convierte en *fact-finder* (determinador de los hechos), para, tras fijar cómo se desarrollaron los hechos, presentar recomendaciones de solución no vinculantes a las partes. Normalmente, el *fact-finder* es un experto en la materia, por lo que puede realizar una investigación sobre la misma. Por ello, con D. Mose, B.H. Kleiner, "The emergence of Alternative Dispute Resolution in business today", *Equal Opportunities International*, nºs 5-6, 1999, también se denomina a este método "*neutral expert fact-finding*" (determinación de hechos por tercero neutral).

⁴⁵ Es su rasgo esencial el momento en el que interviene el tercero ("*at early stage*", en una temprana escena), normalmente un abogado o juez retirado. Explica sus elementos y bondades, J.M. Sabatino, "ADR as "Litigation lite": procedural and evidentiary norms embedded within Alternative Dispute Resolution", *Emory L. J.*, vol. 47, 1998.

ción jurisdiccional, a un juez o magistrado⁴⁶; el *ombudsman* o defensor, que, con origen en la figura del defensor del pueblo sueco, se ha creado en diversos sectores económicos y sociales, y en la que un tercero o defensor se ocupa de prevenir, investigar y mediar en las disputas⁴⁷; o el arbitraje (*arbitration*). En relación a este último, en su configuración en el entorno anglosajón, llama la atención que su resultado (el laudo arbitral) no es siempre vinculante (*binding*), pudiendo las partes pactar que no lo sea, con lo que se acerca mucho a la mediación. También es importante destacar que es el arbitraje el mecanismo más empleado para crear técnicas híbridas, estando normalizados el *med–arb*, que es la combinación temporalmente sucesiva de la mediación y el arbitraje; el arbitraje de última oferta (*Last Offer Arbitration* o LOA)⁴⁸, en el que el árbitro convierte en laudo una de las propuestas que, al efecto, le hacen las partes; y el Medaloa, que es la combinación temporalmente sucesiva entre la mediación y el LOA.

4. La evolución del ADR: CAADR y el ODR

En la evolución del ADR tenemos que fijarnos en dos momentos o resultados: el *Court–annexed ADR* y el *On Line Dispute Resolution* (ODR). Entendemos por el primero, también denominado *court–related ADR*, al uso que de los mecanismos alternativos realiza la propia jurisdicción. Ya en la mentada Conferencia Pound se apuntó que las técnicas extrajurisdiccionales podían ser perfectamente empleadas por los jueces como instrumentos complementarios en su labor de impartir justicia⁴⁹. En la actualidad, este uso se justifica o

⁴⁶ Mecanismo similar al *summary jury trial*, acudiendo, en este caso, las partes a un órgano jurisdiccional unipersonal (un juez), quien, tras escucharles, le comunica cómo se resolvería su conflicto en la jurisdicción, resultando ello punto de partida para la negociación. Explica las posibilidades de intervención del juez en este procedimiento, S. Lancken, "Out of court: a guide to Alternative Dispute Resolution", *Australian accountant*, abril 1996.

⁴⁷ De ordinario, actúa de manera informal y sus dictámenes no son vinculantes.

⁴⁸ También denominado *pendulum arbitration* (arbitraje de péndulo) o *baseball arbitration* (arbitraje de béisbol).

⁴⁹ Así lo ha defendido el profesor de la Universidad de Harvard –con el que tuvimos ocasión de investigar– Sander en la mentada Conferencia Pound (en su ponencia "Varieties of Dispute Processing") y, posteriormente, F.E. Sander, "Alternative methods of dispute resolution: an overview", AAVV (ed. M. Freeman), *Alternative Dispute Resolution*, Sidney, Darmouth, 1995, p. 97, en el contexto del que denominó "Juzgado del futuro" (*multidoor court–house*). En su construcción, el "tribunal multipuertas" está compuesto por una pluralidad de mecanismos de resolución –entre los que se encuentra la jurisdicción–, en el que, cuando un ciudadano presenta su controversia a un funcionario, éste le recomienda el mecanismo más adecuado en aras a solventarlo (conciliación, me-

legítima por tres vías: (1) el acuerdo privado de las partes (*private contract* o *contractual ADR*)⁵⁰, (2) por orden legislativa o administrativa (*legislative or administrative mandated* o *imposed ADR*)⁵¹ y (3) por orden judicial (*court ordered ADR*). Si en el primer supuesto son las partes las que, a iniciativa propia, optan por acudir a un mecanismo extrajudicial, en los dos siguientes se prevé como requisito obligatorio para acudir a la jurisdicción el intento –no, obviamente, alcanzar un acuerdo!– de solución amistosa. Con todo, queda claro –y en ello basamos nuestra tesis que da a luz al *Derecho jurisdiccional diversificado*– que no es, en absoluto, cierta la contraposición ADR ("*forms of non-litigious dispute resolution*")–Jurisdicción ("*adversarial or legal or adjudication way*"), en cuanto la primera puede ser parte de la segunda⁵². Por ello, en el ámbito anglosajón, en los últimos años se ha cambiado el significado de la primera sigla del acrónimo ADR, cambiándose el *Alternative* por el *Adequate*.

Llamamos *On Line Dispute Resolution* (ODR) a la conjunción de los mecanismos ADR con las nuevas tecnologías, para identificar dos realidades o posibilidades: (1) la de implementar los procedimientos extrajudiciales con soporte virtual, superando toda limitación espacial, (2) y la de utilizar aquéllas para solventar los conflictos que surgen en el tráfico jurídico *on-line*⁵³.

diación, arbitraje... o la propia jurisdicción). Confesó el propio autor, en otra obra, S.B., Golberg, E.D. Green, F.E.A. Sander, *Dispute Resolution*, Little, Brown and Company, Boston 1985, p. 515, que este "multidoor courthouse" es una idea fácil de describir pero difícil de implementar. Se fija en este *multidoor court house*, en España, R. Pérez Martell, *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 42 y 43.

⁵⁰ Totalmente lógico, en materia disponible, en cuanto nos encontramos ante mecanismos consensuales.

⁵¹ Luego, hay una norma del Legislativo o Ejecutivo que lo impone. En este sentido, marcó un hito la Ley de reforma de la Justicia Civil, otorgada por el Congreso Norteamericano en 1990, instando a todos los Juzgados Federales de Distrito a que diseñaran e implementaran mecanismos extrajudiciales en combinación con la función jurisdiccional.

⁵² A nuestro juicio, en la actualidad, el Estado debe ofrecer a la ciudadanía una pluralidad de mecanismos de resolución de conflictos. Resta añadir, para terminar de justificar la existencia del Derecho jurisdiccional diversificado, un argumento que vamos a analizar, en relación al caso concreto del arbitraje privado en España, en la segunda parte de la investigación: es la jurisdicción la que dota de seguridad jurídica al arbitraje, en particular, y a todos los mecanismos extrajudiciales, en general.

⁵³ Explican ambas vertientes en la aplicación de los mecanismos ADR, E. Katsh, J. Rifkin, *On Line Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey-Bass, San Francisco 2001, p. 2 y F.A. Cona, "Application of online Systmes in Alternative Dispute Resolution", *Buffalo L. Rev.*, vol. 45/1997.

5. *Nadie dijo que fuera perfecto: críticas a los mecanismos ADR*

Firmes defensores de las técnicas ADR, no podemos dejar de señalar los que se consideran sus defectos, sin perjuicio de que algunos de ellos no los entendamos como tales⁵⁴. Especialmente llamativo es que aquéllas que se han predicado como sus grandes ventajas o virtudes (solución basada en el consenso; flexibilidad; confidencialidad...), al tiempo sus elementos esenciales, han sido particularmente objeto de censura. En esta línea, se ha criticado severa y especialmente su asentamiento en una concepción privatista e individualista del conflicto jurídico, achacándosele que no protege el interés social, sino el meramente individual⁵⁵. En consonancia, se enfatiza que las resoluciones fruto de estos mecanismos no causan precedente, no contribuyendo al desarrollo del Derecho mediante la fuente de éste que llamamos jurisprudencia, ni a la seguridad jurídica. A mayor abundancia, derivan de ello que sus resultados no son consistentes, pues únicamente miran a las circunstancias del caso concreto sin reparar en cómo se han dilucidado similares. En el mismo sentido, se condena que no persiguen averiguar los hechos reales que motivan el conflicto jurídico, conformándose con el relato de los mismos aceptado por las partes⁵⁶.

Una segunda gran reprobación que se hace a los procedimientos ADR es la insuficiencia para solventar todo tipo de conflictos, de lo que se deriva la imprescindibilidad de la vía jurisdiccional⁵⁷. Totalmente relacionado, se reprobaba que no existan criterios o elementos adecuados para conocer en qué casos acudir a los mecanismos extrajurisdiccionales y en cuáles a la jurisdicción⁵⁸.

⁵⁴ Los propios autores anglosajones que las han postulado nunca han escondido que estamos ante un sistema limitado e imperfecto, que muestra debilidades. Han reconocido, en este sentido, que “no es la panacea”, como apuntase, R. Mullerat, “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los EE UU de Norteamérica”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho arbitral*, nº 3, 2002.

⁵⁵ En otros términos, se denuncia que ampara únicamente el interés individual, obviando el bien común de la sociedad. Por todos, O.M. Fiss, “Against settlement”, *Yale L. J.*, nº 93, 1984, quien, feroz en su crítica, mantiene que los abogados no tienen el deber ético de ofrecer a sus clientes ninguna otra vía de solución que no sea la jurisdicción.

⁵⁶ A caso, ¿no busca lo mismo el proceso jurisdiccional civil?

⁵⁷ Sin que se entienda el reproche, pues, como hemos relatado, el movimiento o ideología ADR, desde un principio, ha reconocido la esencialidad de la jurisdicción. Esta sustancialidad de la jurisdicción marca, como veremos, nuestra concepción del Derecho jurisdiccional diversificado.

⁵⁸ En este sentido, C. Menkel-Meadow, “Whose dispute is anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)”, *The Georgetown L. J.*, vol. 83, 1995. Tampoco entendemos esta crítica, pues además de quedar extramuros de las

También se ha delatado la falta de garantías para las partes que conllevan las técnicas extrajurisdiccionales, remarcando que no amparan la igualdad de los negociantes como hace la jurisdicción entre las partes del pleito, siendo posible que el económicamente más fuerte condicione –más crudamente, compre– la solución del conflicto. Al respecto, se añade que las técnicas ADR posibilitan la impartición de justicia sin ley, mediante procedimientos discrecionales y oscuros⁵⁹. Se agrega que en conflictos en los que alguna o ambas partes es colectiva, se pueden dar problemas de representación en la negociación; que, en general, no hay garantías de la imparcialidad y neutralidad del tercero neutral, lo que contamina todo el procedimiento, y que, a diferencia de la vía jurisdiccional, no garantizan una solución a la disputa⁶⁰.

Se ha denunciado, asimismo, la cada vez más alta formalización e institucionalización que están padeciendo los procedimientos extrajudiciales, lo que les hace más complicados, caros y lentos, acercándolos mucho a la propia jurisdicción⁶¹. Entendiendo cierta la debilidad, buscando las causas del fenómeno, se alude al *court-annexed ADR*, que ha supuesto la asimilación del ADR por la vía jurisdiccional y no viceversa, y a la práctica de los abogados, que guiados por su ansia de lucro personal, lo han complicado para justificar sus minutas⁶².

técnicas extrajurisdiccionales todas las controversias sobre materia de orden público o no disponibles, entendemos criterio suficiente la libertad de las partes para, en el caso concreto, optar por el mecanismo que mejor se adapta a su conflicto y necesidades.

⁵⁹ Especialmente, entre los primeros que lo apuntaron, O.M. Fiss, "Against settlement", *Yale L. J.*, n° 93, 1984. En España, en la misma dirección, mostró su temor por que la utilización de estos métodos de resolución implique una fractura de las propias bases sobre las que se asienta el Estado de Derecho, para rehuirlo, e instaurar una justicia sin ley, H.O. Méndez, "La conciliación. Su revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 1, 2000.

⁶⁰ En este último sentido, no se puede obviar que el resultado de los mecanismos ADR es, en general, fruto del acuerdo de voluntades, por lo que (lógicamente) si ésta no se alcanza, no hay resultado. Ironiza con la posibilidad de que el ADR, se quede sin su "R", mostrando la fragilidad de estas técnicas, P. Bowal, "The new Ontario Judicial Alternative Dispute Resolution model", *Alberta L. Rev.*, n° 1, 1995. Sobre la falta de imparcialidad e independencia del *third neutral* como vicio capital de estas técnicas, R.C. Reuben, "The dark side of ADR", *California Lawyer*, febrero 1994.

⁶¹ Así, T.B. Carver, A.A. Vondra, «Alternative Dispute Resolution: why it doesn't work and why it does», *Harvard Business Review*, mayo–junio 1994.

⁶² Con gran fortuna, S.H. Goldberg, "Wait a minute. This is where I came in. A trial lawyer's search for Alternative Dispute Resolution", *Brigham Young University L. Rev.*, n° 653, 1997, apunta que el ADR ha sido víctima de su propio éxito, deviniendo incapaz de

Por último, y por propia esencia de los mecanismos ADR, es innegable que es difícil detectar una organización coherente, permanente y armonizada entre las distintas técnicas, que pueda dar pie a hablar de un sistema extrajudicial coordinado.

IV. Primera base del Derecho jurisdiccional diversificado: la jurisdicción y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son complementarios, integrando todos ellos el sistema estatal de resolución de conflictos

Las líneas precedentes han mostrado las debilidades y fortalezas de la jurisdicción y de los mecanismos alternativos. Ha quedado, por ende, claro que todo instrumento de resolución presenta ventajas e inconvenientes, descartando la existencia de uno perfecto. Hemos constatado, igualmente, que lejos de ser vías contrarias, el sistema jurisdiccional y el extrajurisdiccional son complementarios⁶³; reconociendo la imprescindibilidad de la jurisdicción –por ahora, únicamente en relación a los conflictos indisponibles– y que los procedimientos extrajurisdiccionales están llamados a mejorar aquélla⁶⁴. Bajo este paraguas, somos firmes defensores de que un Estado Democrático Social y de Derecho desarrollado, como es España, ofrezca a su ciudadanía una amplia gama de mecanismos de resolución de conflictos –la jurisdicción entre ellos– para que aquéllos, en la coyuntura concreta, utilicen el que más les convenga⁶⁵. Luego, postulamos un sistema de resolución de conflic-

contagiar su espíritu a la jurisdicción, habiendo ocurrido al revés. Con todo, se lamenta el autor, concluyendo que, en la actualidad, no existe alternativa a la vía jurisdiccional. Como apuntaremos, otra deducción bien diferente hacemos nosotros, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado.

⁶³ Por ello, a partir de este momento, hablaremos de mecanismos complementarios y no alternativos.

⁶⁴ En este punto, tenemos que traer a colación la división que existe en la doctrina española en relación a la forma de mejorar la jurisdicción. Unos entienden que es cuestión de medios materiales: dedicando más recursos al Poder Judicial se pueden corregir la mayoría de sus defectos. Otros mantienen –nosotros entre ellos– que la vía jurisdiccional, por su naturaleza, características y funcionamiento, siempre va a padecer los mismos defectos o parecidos, por ello, postulan que su superación no puede provenir de dedicar más recursos a la misma, sino de desarrollar los mecanismos extrajurisdiccionales. Reparar en la discusión, L. Muñoz Sábate, “La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma”, *La Ley*, vol. 3, 1995 y A. Nabal Recio, “Crítica de nuestro sistema procesal”, *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1995.

⁶⁵ En nuestro apoyo, enfatizando que el ADR es la consecuencia de la creación del Estado de Bienestar, en cuanto intento de alcanzar una solución al problema de acceso a la justicia, S. Barona Vilar, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 45. En sentido similar, mantiene que “la existencia de un estado democrático de derecho, de un proceso

tos integrado –si se quiere– de dos subsistemas. En la línea del *multi-door–courthouse* configurado por el profesor Sander, entendemos que este sistema global estatal debería articularse en torno a los Tribunales de Justicia⁶⁶. Obviamente, para ello, en nuestro país se debe superar la cultura dominante (y conservadora) litigante, como muestra la excesiva jurisdiccionalización de los conflictos jurídicos, que trae indefectiblemente consigo la insatisfacción ciudadana (falta de calidad en las resoluciones y tardanza en su presentación)⁶⁷. Todo ello para configurar el paradigma de la justicia del siglo XXI, configurado u ofrecido por la jurisdicción y otros mecanismos complementarios, ubicados y objeto de estudio del Derecho jurisdiccional diversificado.

V. Segunda base del Derecho jurisdiccional diversificado: es la jurisdicción la que dota de garantías a los mecanismos ADR. Demostración en relación al arbitraje privado

1. Pautas y aplicabilidad del análisis a cualquier mecanismo extrajudicial

Hasta este punto, aclarada la necesidad y bondad de ambos subsistemas de resolución de conflictos, postulada la necesidad de integrar-

debido en su faceta jurisdiccional, es presupuesto ineludible para que las formas y técnicas RAC/ADR puedan desarrollarse”, I. Esparza Leibar, “El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de la RAC/ADR”, AAVV (Dr. K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga), *La resolución alternativa de conflictos*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, p. 57.

⁶⁶ En su ponencia originaria presentada en la Conferencia Pound y en posteriores trabajos mentados en la nota a pie 50, el propio profesor de Harvard postulaba que los Tribunales de Justicia debían convertirse en “Centros de Resolución de Conflictos”, para ofrecer el mecanismo adecuado al conflicto jurídico determinado. Entendemos que mientras nuestro sistema judicial no se articule en este sentido –especialmente mediante la adaptación a la nueva realidad o paradigma de justicia del art. 24 CE– deben ser los abogados los que asesoren respecto al mecanismo más adecuado en cada caso a sus clientes.

⁶⁷ Con H. Soletó Muñoz, “La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles”, *Tratado de mediación*, t. I, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (A.I. Blanco García, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 p. 20, son factores determinantes de esta alta judicialización en España, la gratuidad o casi gratuidad de la justicia para el ciudadano, el amplio reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la inflación por el legislador y el juzgador del derecho a la tutela judicial efectiva –“probablemente como reacción al sistema de la dictadura”–, la falta de tradición social de las soluciones auto-compositivas, la ejecución privilegiada de los honorarios de los abogados y la falta de cultura del acuerdo entre éstos. Realiza una lectura positiva de la excesiva jurisdiccionalización española, considerándola muestra de la confianza de la ciudadanía respecto al Poder Judicial, I. Álvarez Sacristán, *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*, Madrid, Colex, 1999, p. 32.

los en aras de ofrecer un mejor servicio de justicia a la ciudadanía, ha quedado clara la imprescindibilidad de la vía jurisdiccional respecto a los conflictos indisponibles, aquéllos que, por no poder ser objeto de negociación, quedan fuera del ámbito de los mecanismos extrajurisdiccionales. Sin embargo, el rol de la vía jurisdiccional va más allá, desarrollando una función trascendental respecto a los procedimientos ADR: apoyar su funcionamiento adecuado y controlar que éste es conforme a Derecho. Por ello, debemos poner a la jurisdicción en el centro del sistema estatal de resolución de conflictos. Repararemos en ello en lo sucesivo, especialmente, en relación al arbitraje privado, del que es especie el comercial y el de inversiones, sin perjuicio de que el Poder Judicial cumpla la misma misión, también, respecto al resto de técnicas extrajudiciales.

Antes, y en la defensa de un sistema estatal global de resolución de conflictos, en el que ocupa posición central la jurisdicción, vamos a demostrar que el arbitraje –y el resto de mecanismos ADR– tienen plena cabida en la CE, debiendo casarse su existencia y funcionamiento, especialmente, con el derecho de acción o a la tutela judicial efectiva del art. 24.

2. Sobre la naturaleza y constitucionalidad del arbitraje. Casamiento de los mecanismos ADR con el derecho de acción

Como es sabido, dos son las teorías principales que aparecen tradicionalmente en la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje: la que defiende la naturaleza privada y la que mantiene su carácter público. Entre ellas aparece una ecléctica. Es necesario recordarlas sucintamente para justificar correctamente la relación jurisdicción–arbitraje y la ubicación del último en el Derecho jurisdiccional diversificado.

Los autores que defienden el carácter privado del arbitraje se centran en el rol de la autonomía de la voluntad en este mecanismo. Conforme a su argumentación, el consenso de voluntades de los protagonistas de la discrepancia jurídica marca el origen, desarrollo y fin de esta técnica. En otros términos: el arbitraje surge fruto del acuerdo de voluntades de dos o más ciudadanos que, configurando un negocio privado (el convenio arbitral), deciden someter su disputa a un árbitro y acatar su laudo, debiendo actuar éste conforme a las pautas pactadas por aquéllas, desempeñando una función meramente privada. Por ende, resultando de naturaleza privada todas las relaciones y efectos que surgen en el arbitraje, sitúan éste en el ámbito del Derecho

privado o contractual⁶⁸. Discrepamos, especialmente, porque se olvidan de la bendición pública de los efectos del laudo arbitral⁶⁹.

En otro extremo, otra parte de la doctrina repara en las similitudes entre el arbitraje y la jurisdicción, para proclamar el carácter (también) público de aquél. Son los publicistas. A su decir, si bien es cierto que los árbitros sólo detentan la autoridad reconocida por las partes para solventar su conflicto –no detentan potestad jurisdiccional, exclusiva de la autoridad jurisdiccional–, la función que realizan (solventar el conflicto jurídico de manera vinculante) es muy semejante a la función jurisdiccional que ejercen los jueces. Enfatizan, al tiempo, que el resultado de ambos mecanismos –encarnado, respectivamente, en la sentencia y en el laudo–, comparte carácter obligatorio y ejecutorio y efecto de cosa juzgada. En su opinión, estos corolarios superan el ámbito de la autonomía de la voluntad, pues sólo el Estado puede

⁶⁸ Formuló, en nuestro ordenamiento jurídico, esta teoría J. Guasp Delgado, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 21 ss, calificando el arbitraje como fenómeno material o sustantivo, “contrato de solución de tracto sucesivo procedimental”, separado totalmente del proceso jurisdiccional, operando aquél “sólo sociológicamente (...) como un remedio o sustitutivo del proceso”. En la misma línea, V. Fairén Guillén, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Bosch, 1990, p. 20 y V. Herce Quemada, E. Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 8º ed., Madrid, 1976, p. 212. Estos autores recogen jurisprudencia que avala su postura. Así, las más importantes, STS 11 abril 1932 y STS 25 mayo 1979 (RA 1984): “la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral”; STS 20 febrero 1982 (RA 785): “instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones, de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral”; y STS 15 diciembre 1987 (RA 9507): “En los arbitrajes (...) el compromiso de someter el conflicto existente entre las partes interesadas a la decisión de unos árbitros, tiene el evidente carácter contractual”.

⁶⁹ No negamos, obviamente, el origen contractual del arbitraje. Efectivamente, esta técnica se basa en la manifestación de voluntades recogidas en el convenio arbitral, suscrito por las partes de un conflicto presente o futuro, por el que aquéllas deciden acudir a un tercero en busca de una solución a su disputa. Sin embargo, a continuación, se requieren dos matizaciones importantes, que ayudan a poner el arbitraje en el lugar que le corresponde. Por un lado, el árbitro no es juez. El que actúa como tercero en este mecanismo no detenta potestad (jurisdiccional); es un particular que sólo se arroga la autoridad atribuida por las partes para la resolución de un conflicto. Ello aleja, en principio, el arbitraje de la jurisdicción, primer eje del Derecho jurisdiccional. Ahora bien, como jurisdiccionales, similares a los que producen las decisiones de los jueces, son los efectos del laudo (cosa juzgada y ejecutividad), jurisdiccional debe ser esta institución en su desarrollo; si el Estado reconoce los efectos mentados al arbitraje, para ello deberán cumplirse unos requisitos y pautas. Proclamamos así la existencia del proceso arbitral. Del mismo modo, es esencial a éste el reconocimiento a las partes, en el mismo, de unos derechos y garantías. Esta idea nos lleva a afirmar que también el tercero de los ejes del Derecho jurisdiccional, la acción, confluye en el arbitraje. En ello incidiremos, a continuación.

otorgarlos. Con estos mimbres, lógicamente, sitúan el arbitraje en el ámbito público⁷⁰.

Entre unos y otros, a medio camino, prevalece, en la actualidad, la teoría ecléctica sobre la naturaleza del arbitraje. Los que la profesan mantienen que en este mecanismo de resolución de conflictos se combinan elementos privados y públicos, definiendo aquél, con apoyo jurisprudencial como “equivalente jurisdiccional, para jurisdiccional o cuasijurisdiccional”⁷¹

⁷⁰ Han defendido la naturaleza pública del arbitraje, entre otros, M. Serra Domínguez, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 371 ss, remarcando que la jurisdicción es independiente de su atribución a unos órganos estatales y que la función y los efectos de la sentencia y el laudo son idénticos, explicando la particularidad de la jurisdicción arbitral únicamente diferenciando entre autoridad y potestad, correspondiendo sólo la primera a los árbitros, al tiempo que la segunda es exclusiva del Estado. En sentido similar, J. Montero Aroca, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 93 y 94 y F. Cordón Moreno, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 29. Más radical, mantiene que la autoridad del árbitro, igual que la de los jueces, deriva del Estado y no de las partes, A. Bernardo San José, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, Comares, 2002, p. 143. Conviene recalcar que la discusión doctrinal sobre la naturaleza del arbitraje se avivó, modernamente, con la aprobación de la Ley de Arbitraje Privado de 22 de 1953, pues hasta entonces se había regulado en leyes rituarías civiles (Ley de Negocio y Causas de Comercio de 1830, LED de 1855, LEC/1881), bajo la consideración de que la función de los árbitros era idéntica a la de los jueces. Fue, por tanto, la ordenación del mecanismo en un cuerpo autónomo lo que suscitó las dudas de la doctrina, desembocando en una agria discusión. Se hace eco de la misma, J.F. Merino Merchán, *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho Público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 20. Más antiguamente, sin embargo, predominó la concepción privatista, pues como relata A. Merchán Álvarez, *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, p. 38, en España la tradición jurisdiccionalista del arbitraje se inicia con el *Liber Iudiciorum*, predominando hasta entonces en el *Breviario de Alarico* los rasgos privados sobre los jurisdiccionales. Posteriormente —ahora de la mano de J.M. Roca Martínez, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 46— “se va a mantener la misma concepción en el Fuero Juzgo, aparece difuminada en el Derecho municipal, Fuero Real, Espéculo y en Las Partidas y tiene proyección en el Derecho de la Codificación”.

⁷¹ Así calificado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en abundantes sentencias (por todas, STC 43/1988, de 16 de marzo, 15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo), con soporte de una parte importante de la doctrina. Dicen A.L. Calvo Caravaca, L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 21, que el arbitraje es “un todo indisoluble en el que conviven el origen contractual del mismo y la teleología jurisdiccional que en última instancia explica su aparición”. En sentido parecido se pronunció hace años, L. Prieto-Castro y Ferrándiz, *Una nueva regulación del arbitraje*, Madrid, 1954, p. 4, postulando que el arbitraje es en su origen, en cuanto creación de la voluntad de los particulares, un negocio de Derecho privado, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que está voluntad está sometida para que produzca efectos procesales y por las actividades de orden procesal que hace surgir, en particular el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto declarativo—vinculante y más tarde, si es preciso, la ejecución de los laudos. Más modernamente, por todos, J. Almagro Nosete, “La ejecución del laudo arbitral”, *Revista Universitaria de*

Discrepando de todos ellos, en mayor o menor medida, situamos el arbitraje, en general, y todas sus especies, en particular (entre ellas el comercial y de inversiones), entre la teoría publicista y la ecléctica, proclamando su naturaleza particular: el arbitraje, en cuanto mecanismo de resolución de conflictos, es arbitraje, es decir, una institución autónoma⁷², de cuyo estudio se encarga el Derecho jurisdiccional diversificado⁷³. Luego, a nuestro juicio, la rama del Derecho que queremos bautizar mediante esta investigación y que no es más que la evolución natural del hasta ahora llamado Derecho jurisdiccional, viene a poner punto y final a la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. A renglón seguido, no obstante, no podemos negar lo obvio, aquello que ya en Norteamérica señalaban algunas voces, que pedían que este mecanismo no se considerase parte del ADR: el arbitraje es muy similar a la jurisdicción⁷⁴. Y es cierto, porque comparte con ésta dos de sus tres ejes: el proceso y la acción. Nos explicamos. Son incuestionables el origen contractual del arbitraje y la fuente de la autoridad del árbitro. El árbitro no es juez; detenta únicamente la autoridad que le es atribuida por las partes⁷⁵. Sin embargo, en cuanto jurisdiccionales, semejantes a los que produce una sentencia judicial, son los efectos del laudo arbitral (ejecutividad y cosa juzgada) (arts. 43 y 44 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) (en adelante, LA), elementos de jurisdiccionalidad debe mostrar y respetar este mecanismo en su desarrollo⁷⁶. De ahí que apliquemos la categoría "proceso" al arbitraje: sin perjuicio de que sean las propias partes las

Derecho Procesal, n.º. 0/1988 y B. Cremades Sanz–Pastor, "El arbitraje en el siglo XXI", *La Ley*, vol. 4, 1990.

⁷² En nuestro apoyo, S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2016, p. 48. También, A.M. Lorca Navarrete, J. Silguero Estagnan, *Derecho de arbitraje español. Manual teórico–práctico de jurisprudencia arbitral*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 34 y J.A. Marín Gámez, "Aproximación a la problemática jurídico constitucional del arbitraje", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 16, 2002.

⁷³ De igual forma, *mutatis mutandis*, por su base contractual, y su finalidad (la resolución de conflictos), sin perjuicio de que el tercero no actúa *supra partes*, sino *intra partes*, podríamos ubicar el resto de mecanismos extrajurisdiccionales –la conciliación y la mediación, en cuanto tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico– en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado.

⁷⁴ En nuestro país, con autoridad por ser especialistas en el tema, J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho privado y Constitución*, n.º 19/2005.

⁷⁵ Por eso, no es jurisdicción en sentido propio. Por todos, S. Barona Vilar, "El arbitraje en el Derecho español", AAVV, *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (arbitraje, conciliación)*, Valencia, Consellería de Benestar Social Generalitat Valenciana, 1998, pp. 82 y 83.

⁷⁶ En otros términos: para que el Estado atribuya los efectos mentados al arbitraje es imprescindible que en su desarrollo se cumplan unas pautas y requisitos.

que lo configuren (art. 25 LA)⁷⁷, el árbitro (elegido directa o indirectamente por aquéllas), en cuanto artífice del laudo arbitral que va a imponerles, debe intervenir en un ámbito en el que los contendientes actúan, a su vez, en dualidad de posiciones, en igualdad, con audiencia y en contradicción (art. 24 LA)⁷⁸. Inherente a este proceso es el reconocimiento a las partes de unos derechos y garantías en el mismo, lo que nos lleva a postular la aplicación del tercero de los ejes del tradicionalmente conocido Derecho jurisdiccional (la acción) al proceso arbitral. Como sabemos, la acción reúne el conjunto de derechos que se reconoce a la ciudadanía ante los tribunales de justicia. Pues bien, en la medida que puedan ser aplicados, también se reconocen en el arbitraje⁷⁹.

⁷⁷ Luego, igual que en el proceso jurisdiccional civil, rige el principio dispositivo.

⁷⁸ Es, al tiempo, la senda que ha de seguir para dictar el laudo arbitral. En nuestro apoyo, reconociendo la existencia del proceso arbitral, E. Martínez García, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 16. Igualmente, J. Almagro Noste, "La ejecución del laudo arbitral", *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, nº 0, 1988 y M.J. Molina Caballero, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002, p. 140, quien, en consonancia con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, defiende que en la misma medida que el convenio arbitral cierra el paso al proceso judicial, crea un derecho procesal de igual rango, el derecho al proceso arbitral. A su juicio, el convenio arbitral crea el presupuesto procesal básico para la existencia de un derecho al proceso arbitral, derecho al comienzo del mismo, desarrollo y resolución. El máximo defensor de la teoría jurisdiccionalista del arbitraje también reconoce la existencia del proceso arbitral, si bien él le denomina "juicio", M. Serra Domínguez, *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona 1969, p. 371. La misma palabra ("juicio arbitral") utiliza el propio TC para referirse, en nuestra opinión, al proceso arbitral (STC 43/1988, de 16 de marzo). Igualmente, reconoce la existencia del proceso arbitral en sendos autos: ATC 179/1991, de 17 de junio y ATC 326/1993, de 26 de octubre. El proceso arbitral es reconocido incluso por las leyes. La propia LA en su exposición de motivos habla del arbitraje "como proceso que es" y la LEC también se refiere al proceso arbitral (arts. 722 y 724 LEC). En contra de la existencia del proceso arbitral, D. Téllez de Peralta, "La inseguridad jurídica en los arbitrajes. El tribunal de Barcelona", *IURIS, Actualidad y práctica del Derecho*, nº 66/2000, denominándolo, atendiendo a la falta de garantías en el mismo, "un simulacro de proceso y no una equivalencia jurisdiccional". No hablamos de proceso, sino de procedimiento, en la conciliación y la mediación, en cuanto mecanismos autónomos en los que el tercero (conciliador o mediador) no impone una solución, actuando *intra partes* y no *supra partes*. Lo explicamos, I. Ordeñana Gezuraga "La mediación concursal en cuanto mecanismo complementario del concurso de acreedores en el marco del derecho jurisdiccional diversificado", *Tratado de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (A.I. Blanco García, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 259.

⁷⁹ Como veremos, el propio derecho a acudir a los tribunales, aunque, a priori, se excluya, como consecuencia del denominado efecto negativo del convenio arbitral, no se relega ni total ni definitivamente, pues las partes deben obligatoriamente acudir a la jurisdicción, por ejemplo, para recurrir el laudo o para ejecutarlo. En este sentido, acertadamente, B.M. Cremades Sanz–Pastor, "El arbitraje en el siglo XXI", *La Ley*, vol. 4/1990,

Sin perjuicio de que estemos centrando esta investigación en el arbitraje privado, lo apuntado en relación a éste, es aplicable, *mutatis mutandis*, al resto de mecanismos extrajurisdiccionales, con referencia concreta, por su tradición en nuestro ordenamiento jurídico, a la conciliación y a la mediación. Así, igual que los árbitros, los conciliadores y mediadores no detentan autoridad pública alguna, salvo la mera confianza que depositan en ellos, para realizar su labor, las partes del conflicto⁸⁰. Todos ellos tienen base contractual, fundamentada en la libertad de las partes, y persiguen el mismo fin: la resolución de su conflicto. Comparten, igualmente, el reconocimiento público de sus efectos⁸¹. Por ello, en cuanto parte del sistema estatal de resolución de conflictos, se ubican y son objeto de estudio del Derecho jurisdiccional diversificado. Y, por ello, del mismo modo, aunque el proceso sea una categoría exclusiva de la jurisdicción y del arbitraje, por compartir ambos la naturaleza heterónoma⁸², actuando el conciliador y el mediador en un procedimiento, todos ellos deben actuar en un marco de garantías mínimas para el ciudadano. En otros términos: el derecho de acción, en la medida de lo posible, se ha de aplicar en todos los mecanismos. En todos ellos el tercero que ayuda a las partes –lo que los norteamericanos denominan *third neutral*– debe ser imparcial e independiente, y se ha de tratar a las partes con igualdad y contradicción, permitiéndoles defenderse. Esto es y debe ser así porque todos los mecanismos –jurisdicción y complementarios– persiguen ofrecer o hacer justicia, y ésta en cuanto virtud moral individual, o aspiración de la sociedad vinculada al bien común –valor supremo en el ordenamiento jurídico español (art. 1 CE)—⁸³ es una y única, sin

remarca que el hecho mismo de que las partes se sometan a la decisión del árbitro, renunciando expresamente al derecho de acudir al juez estatal competente, otorga a la relación de arbitraje una eficacia procesal innegable, superando con ello el arbitraje la mera naturaleza arbitral para adquirir la naturaleza de jurisdicción privada, fruto de la autonomía de la voluntad y sometida a efectos de control de la legalidad a los jueces y tribunales.

⁸⁰ En el arbitraje, en cuanto mecanismo heterónomo, para resolverlo vinculadamente, actuando, *supra partes*, y en la conciliación y la mediación, para ayudarles en su negociación, interviniendo *intra partes*. Incidimos en ello, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos...* *op. cit.*, pp. 276–278.

⁸¹ Más o menos contundentes. Como sabemos, se reconocen al laudo arbitral, conforme a la LA, obligatoriedad y ejecutoriedad y efecto de cosa juzgada (arts. 43 y 44 LA). Del mismo modo, y ciñéndonos al ámbito privado del Derecho, se reconocen efectos públicos a la avenencia obtenida en conciliación (arts. 139 a 147 ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria) y al acuerdo de mediación (arts. 23–27 ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) (en lo sucesivo, LM).

⁸² Juez y árbitro actúan *supra partes* en el proceso (jurisdiccional y arbitral, respectivamente) para solventar de forma vinculante la disputa.

⁸³ Sobre su carácter polisémico y planteamientos filosóficos distintos en torno a la misma, S. Barona Vilar, “‘Justicia integral’ y ‘Acces to justice’. Crisis y evolución del ‘para-

perjuicio de que se obtenga por medio de la jurisdicción o de una técnica complementaria⁸⁴.

En base a lo expuesto, requerimos la modificación de la CE, tanto del art. 24 (derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva), como de su título VI (Del Poder Judicial), para dar entrada a los mecanismos complementarios en nuestro ordenamiento jurídico⁸⁵. El primero debe recoger el derecho de la ciudadanía de acudir a mecanismos ADR, con apoyo y control jurisdiccional, proscribiendo expresamente la indefensión de la ciudadanía en el sistema estatal de resolución de conflictos⁸⁶. Debe, además, tal y como hace en la actualidad el art. 24.2º CE en relación a la jurisdicción, enunciar las garantías que se exige (u ofrecen) a los mecanismos complementarios para re-

digma", *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (S. Barona Vilar, ed.), Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2016, pp. 32 y ss.

⁸⁴ En nuestro apoyo, E. Font Serra, "La nueva configuración del arbitraje en el derecho español", *Justicia*, nº 2, 1989, que defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, argumentando que en la misma medida que el convenio arbitral cierra el paso al proceso judicial, crea el derecho al proceso arbitral, concibiendo el proceso arbitral como una actividad prestacional de función jurisdiccional, en la que corresponden a los justiciables los mismos derechos que se les reconoce frente al Poder Judicial. En el mismo sentido, F. Cerdón Moreno, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 29, reconoce que "las garantías (constitucionales) de que se dota al procedimiento arbitral (...) no pueden ser traspasadas por la voluntad de las partes". También considera aplicables los derechos que configuran la acción al arbitraje, M.J. Carazo Liébana, "Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 noviembre 1995)", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 222, 1996, al tiempo que define la jurisdicción arbitral como "jurisdicción paralela a la ordinaria o judicial plenamente coherente con los principios constitucionales". Igualmente, M.J. Molina Caballero, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002, p. 140, para quien la única manera de engarzar el arbitraje con la CE es el reconocimiento a ambas instituciones (arbitraje y jurisdicción) de las mismas pautas garantistas. En la misma dirección, E. Martínez García, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil... op. cit.*, p. 115, argumentando, a la luz de los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce al laudo, que es difícil pensar que el Estado se comprometa con la decisión de un tercero si no es porque se han tutelado derechos de sus súbditos y se ha actuado de forma garantizada. Le apoyan, J.A. Marín Gámez, "Aproximación a la problemática jurídico constitucional del arbitraje", *Derecho Privado y Constitución*, nº 16/2002 y A.M. Lorca Navarrete, "El arbitraje como sistema de garantías", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2002.

⁸⁵ En nuestro apoyo, entendiendo que la CE debe reflejar la evolución social en esta materia, G. Morales Fernández, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la Mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*, Sevilla, Hispalex, 2014, p. 295.

⁸⁶ Luego, en este marco, se puede seguir denominando al derecho fundamental eje del sistema estatal de resolución de conflictos (actual Poder Judicial), derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que se reconozcan expresamente los mecanismos complementarios.

conocer efectos públicos a sus resultados⁸⁷. Entendemos, por otra parte, que es el actual Título VI de la CE el lugar idóneo para ordenar expresamente la relación entre las técnicas ADR y la jurisdicción. A nuestro juicio, este título, que debería ampliar su contenido actual – limitado a la jurisdicción– para cimentar el sistema estatal diversificado de resolución de conflictos debería denominarse “El sistema estatal de resolución de conflictos: la jurisdicción y otros mecanismos complementarios”. Debería, *lege ferenda*, además de reconocer las distintas técnicas (jurisdicción incluida)⁸⁸, establecerse sus principios básicos, incidiendo especialmente en la función de apoyo y control que corresponde al Poder Judicial. Sería, sin duda, la forma de legitimar constitucionalmente el Derecho Jurisdiccional diversificado.

Bajando del plano *lege ferenda*, a la legislación vigente, a día de hoy, justificamos la posibilidad de la ciudadanía de utilizar el arbitraje o cualquier otro mecanismo complementario, en materia disponible, apelando a que la tutela judicial no es obligatoria, por lo que, perfectamente las partes de un conflicto, en ejercicio de su libertad –valor supremo del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE)– pueden renunciar a ella. Obviamente, siempre en materia disponible. En la indisponible, tal y como quedó claro en la Conferencia Pound, la intervención jurisdiccional es exclusiva.

3. La función de apoyo y control de la jurisdicción

El arbitraje, a pesar del denominado efecto negativo del convenio arbitral (art. 11.1º LA),⁸⁹ no excluye ni definitiva, ni absolutamente la jurisdicción. En más, en este apartado vamos a demostrar su dependencia de la jurisdicción y que es ésta la que le dota de garantías, complementándolo a través de las 3 subfunciones (declarativa, ejecutiva y cautelar) que desarrollan los jueces. Antes conviene remar-

⁸⁷ Entendemos que las principales son 4: (1) Libertad de las partes como fundamento de las mismas; (2) actuación independiente del tercero; (3) tramitación –proceso o procedimiento– regido por los principios de audiencia, contradicción e igualdad, y (4) auxilio y control jurisdiccional. En esta última premisa ahondamos en breve.

⁸⁸ Obviamente, la regulación vigente sobre el Poder Judicial se mantendría. Especialmente se debería recoger la posibilidad de crear mecanismos complementarios *ad hoc* para el caso concreto, apuntando que los típicos (conciliación, mediación, arbitraje) no son los únicos existentes. Aunque la CE vigente no se refiere expresamente al arbitraje, éste sí ha sido bendecido por leyes fundamentales en España. Especialmente reseñable es el caso de la Constitución de Cádiz de 1812 que recogía que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” (art. 280).

⁸⁹ Convenio arbitral que, como sabemos, es su causa y fundamento, alfa y omega (arts. 9 y 2 LA).

car que, incluso, etimológicamente el arbitraje se asemeja a la jurisdicción, pues el vocablo "arbitraje" proviene del sustantivo latino *arbiter*, que en español significa juez, y que se enmarca en la familia léxica del verbo *arbitrari*, que significa "dar o pronunciar sentencia"⁹⁰ y que muestra de su nexo perpetuo, incluso histórico, aquél, en cuanto primer medio heterocompositivo de resolución de conflictos que surgió, es el antecedente inmediato de la vía jurisdiccional⁹¹.

En el marco de la función de apoyo de la jurisdicción respecto al arbitraje, lo primero que tenemos que apuntar es que éste no sustituye totalmente la tutela declarativa ofrecida por los órganos jurisdiccionales porque, como sabemos, únicamente se pueden someter a arbitraje los conflictos sobre materia disponible (art. 2.1º LA). Luego, como venimos diciendo a lo largo de la investigación, la actuación judicial es exclusiva e imprescindible en aras de la resolución de toda controversia sobre materia indisponible. No es, sin embargo, el único caso de intervención judicial en el desarrollo del arbitraje. A pesar del principio de exclusión o intervención mínima legal de la jurisdicción en éste (arts. 7 LA), y de efecto negativo del convenio arbitral (art. 11.1º LA)⁹², el arbitraje puede requerir, conforme a la normativa vi-

⁹⁰ Se fija en su etimología I. Álvarez Sacristán, "El nuevo arbitraje laboral", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 3, 1996.

⁹¹ Al respecto. V. Arangio Ruíz, *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, Edersa, 1945, pp. 37–42, mantiene la existencia desde el primer periodo del procedimiento civil romano de la acción de la ley por petición de un juez o de un árbitro (*legis per iudicis y arbitrive postulationem*). En sentido similar, postula que el juicio por un árbitro no oficial fue la primera forma de hacer justicia, A. D'Ors Pérez-Peix, "La experiencia histórica del arbitraje jurídico", *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación*, nº 15–16, 1993.

⁹² Que supone la imposibilidad de acudir, salvo en las coyunturas previstas legalmente y que estamos analizando, a la jurisdicción. Se protege este efecto con la previsión de la declinatoria (exposición de motivos, arts. 11 LA y 39 y 63–65 LEC), posibilitando al demandado de un proceso jurisdiccional civil la denuncia de la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a arbitraje, es decir, por existencia de litispendencia arbitral. Esta "denuncia" debe ser el único acto que el demandado realice en la vía jurisdiccional para no incurrir en sumisión tácita a la misma, ya que si efectúa cualquier acto diferente a la presentación de la declinatoria, estará renunciando al arbitraje pactado, perdiendo, con ello, el órgano arbitral la autoridad que se le ha reconocido en el convenio arbitral por las partes. En su caso, el órgano jurisdiccional que estima la declinatoria fundada en el sometimiento de la disputa a arbitraje declarará su falta de jurisdicción mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso jurisdiccional civil (art. 65.2º LEC). A mayor abundancia, la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el proceso arbitral se inicie o prosiga, por lo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje (art. 11.2º LA). Del mismo modo, el convenio arbitral no impide a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su

gente, la tutela declarativa judicial, para el nombramiento de los árbitros (arts. 8.1º y 15 LA)⁹³ y para la práctica de pruebas (arts. 8.2º y 33 LA)⁹⁴. Igualmente, se ha de acudir a la jurisdicción para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros (arts. 8.6º y 46 LA)⁹⁵

tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas (art. 11.3º LA).

La coyuntura contraria (el abandonar un proceso jurisdiccional civil para acudir a arbitraje) no presenta problema alguno, pues las partes están facultadas para disponer del objeto del juicio, siempre y cuando la ley no lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19 LEC). Expone críticamente el tema, I.C. Bernabeu Pérez, "La declinatoria y el arbitraje", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 45, 2008. También, C. Martín Brañas, "La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, nº 1.

⁹³ Cuando las partes no se ponen de acuerdo con el nombramiento, el árbitro/s o es/son nombrado/s por el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se esté desarrollando el arbitraje (arts. 15.2º y 8.1º LA). Exponen la tramitación judicial correspondiente, A. Monserrat Quintana, "Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 14, 2005 y G. Stampa Casas, "El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares", *Estudios de derecho judicial*, nº 102, 2006. Se prevé el mismo auxilio jurisdiccional para la remoción de los árbitros (arts. 8.1º, 19 y 15 LA)

⁹⁴ Conforme al dictado del art. 33 LA, los árbitros o cualquiera de las partes, con aprobación de aquéllos, pueden solicitar la asistencia judicial para la práctica de pruebas al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se esté celebrando el arbitraje o del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia. Obviamente, estas pruebas se practican conforme a las normas previstas para cada una de ellas en la LEC, pudiendo consistir la asistencia jurisdiccional en la realización de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. En este sentido, muy gráfica, A.M. Arrarte Arisnabarreta, "La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba", *Advocatus*, nº 26, 2012. También, N. Mallandrich Miret, "La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo", *Diario La Ley*, nº 7903/2012 y P. Miroso Martínez, "Algunas cuestiones de derecho probatorio en el arbitraje: limitaciones e iniciativa probatoria arbitral", *Diario La Ley*, nº. 8261/2014.

⁹⁵ Es competente, al efecto, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos. Siguiendo el art. 46 LA, se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español, rigiéndose su exequátur por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 junio 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión. Para su sustanciación, en nuestro ordenamiento jurídico, debemos estar a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (arts. 41–61). Inciden en su régimen vigente, C. De los Santos Lago y C. Ro-

En ejercicio de la función de control que corresponde a la jurisdicción, también se ha de acudir a la tutela declarativa de los jueces para la impugnación del laudo arbitral, bien mediante el ejercicio de la acción de anulación o del recurso de revisión (arts. 8.5º y 40–43 LA)⁹⁶. Ello deja patente que, al final, es el Poder Judicial es que establece los valores de justicia en el ordenamiento jurídico español.

Adentrándonos en el ámbito de la tutela ejecutiva judicial, como sabemos, los árbitros no detentan potestad jurisdiccional, luego, no pueden hacer cumplir por la fuerza un laudo arbitral. Bajo esta premisa, cuando una parte del arbitraje se encuentra en la coyuntura de que la otra no cumple voluntariamente el laudo arbitral, debe acudir necesariamente a la vía jurisdiccional, pues únicamente los jueces y magistrados pueden utilizar lícitamente los instrumentos públicos de coerción. Sólo a éstos reconoce la CE la facultad de “ejecutar lo juzgado” (art. 117.3º). Será el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se haya dictado el laudo arbitral el competente para ejecutarlo (arts. 8.4º LA y 545.2º LEC), aun cuando contra él se haya interpuesto acción de anulación (art. 45 LEC)⁹⁷.

Fijándonos, por último, en el ámbito de la tutela cautelar judicial, aunque los propios árbitros pueden dictar medidas dirigidas a proteger el objeto del proceso arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, siempre que lo solicite cualquiera de ellas, pudiendo exigir caución suficiente al solicitante (art. 23.1º LA), se acudirá a la jurisdicción, para su ejecución forzosa o para recurrir estas medidas mediante la mentada acción de nulidad (art. 23.2º LA)⁹⁸. Sin perjuicio de

sende Villar, “El exequátur en la nueva ley de cooperación jurídica internacional”, *Economist & Jurist*, nº 197, 2016.

⁹⁶ Ambos se interpondrán ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente (arts. 8.5º LA y 509 LEC). Sobre la naturaleza, características y alcance de la acción de anulación, J. Remón Peñalver, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2007. Expone la revisión del laudo arbitral ante los Tribunales de Justicia, R.C. Pelayo Jiménez “La revisión *ad intra* de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8440, 2014.

⁹⁷ Lógicamente, la ejecución de desarrollará conforme a las disposiciones de la LEC (art. 44 LA con remisión a los arts. 517 ss LEC). Comentan su desarrollo críticamente, V. Pardo Iranzo, *La ejecución del laudo arbitral*, Madrid, Civitas, 2010 y M.V. Sánchez Pos, *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.

⁹⁸ Luego es una facultad muy limitada y, también, dependiente de la jurisdicción. En este sentido J.C. Fernández Rozas, “Aproximación teleológica a la tutela cautelar en el proceso civil y en el arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 8897/2017. También, R. Lapiedra Alcamí, “Intervención judicial en el arbitraje y tutela cautelar”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (S. Barona Vilar, ed.), Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2016, pp. 441 ss y F.J. Carrión García de Parada, “La tutela

ello, la jurisdicción mantiene la competencia para dictar medidas cautelares, antes de que se inicie el proceso arbitral o durante su desarrollo (art. 11.3º LA), debiendo acudirse, al efecto, al juzgado del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, al del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con el art. 724 LEC (art. 8.3º LA)⁹⁹.

Con todo, queda demostrado que la exclusión de la vía jurisdiccional que conlleva el convenio arbitral no es ni definitiva, ni mucho menos absoluta, requiriendo el arbitraje el acceso a la vía jurisdiccional, tanto a la tutela declarativa, como a la ejecutiva y cautelar ofrecida por jueces y magistrados. Es más, vemos que lo que dota de seguridad jurídica al arbitraje, le da sentido y eficacia es la jurisdicción¹⁰⁰. *Mutatis mutandis* la misma función cumple y debe cumplir la jurisdicción respecto al resto de mecanismos extrajurisdiccionales¹⁰¹.

VI. A modo de conclusión: ha nacido el Derecho jurisdiccional diversificado

Cumpliendo el objetivo que nos planteábamos con esta investigación, solo resta dar la bienvenida al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que hasta ahora llamábamos Derecho juris-

cautelar de los derechos en el arbitraje", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.

⁹⁹ Postula que esa doble potestad para dictar medidas cautelares que el legislador arbitral ha querido consagrar –judicial y arbitral– requiere un comportamiento de buena fe procesal, sin que pueda ser aprovechado por las partes para ejercerlas en perjuicio de las otras, S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2006, p. 72. En la misma línea, J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y justicia cautelar", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007.

¹⁰⁰ En nuestro apoyo, J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005.

¹⁰¹ En relación concreta a la mediación, regulada en nuestro ordenamiento jurídico por la mentada LM, ésta prevé que la solicitud de mediación suspende la prescripción y caducidad de las acciones judiciales (art. 4 LM); la posibilidad de que el juez de proceso civil invite a la mediación (arts. 414, 415 y 9 LEC y Disposición Final Tercera LM); la declinatoria para evitar el inicio de un proceso civil (art. 10.2º LM); la confidencialidad de la mediación en relación a procesos jurisdiccionales posteriores (art. 9.2º LM); la posibilidad de interponer ante el Juzgado de Primera Instancia la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos contra el acuerdo obtenido en mediación (art. 23.4º LM), y la posibilidad de ejecutar el acuerdo en la vía jurisdiccional (art. 26 LM). Incide en ello, con acierto, V. Magro Servet, "La mediación civil y mercantil: Ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos", *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 158, 2014.

diccional y, anteriormente, Derecho procesal. En las líneas precedentes, hemos pivotado su existencia sobre dos ejes:

1. Los mecanismos que hasta ahora denominábamos alternativos a la jurisdicción ("*forms of non-litigious dispute resolution*", en entorno anglosajón), lejos de serlo, son complementarios del Poder Judicial y su actividad ("*adversarial or legal or adjudication way*"). Ciertamente, ambos son parte del sistema estatal diversificado de resolución de conflictos, del espectro de mecanismos que, al efecto, un Estado desarrollado debe ofrecer a su ciudadanía, para que ésta, en el caso concreto, y en virtud de sus necesidades, elija el que más les convenga. Es, por otra parte, la forma de que el Estado ofrezca un servicio eficaz a la ciudadanía y de mejorar el funcionamiento de la jurisdicción.

Es importante remarcar que todos los mecanismos –jurisdicción y complementarios– persiguen ofrecer o hacer justicia, y ésta en cuanto virtud moral individual, o aspiración de la sociedad vinculada al bien común –valor supremo en el ordenamiento jurídico español (art. 1 CE)– es una y única, sin perjuicio de que se obtenga por medio de la jurisdicción o de una técnica complementaria. De ahí que hayamos condenado especialmente el empleo del binomio justicia pública–justicia privada. El siguiente eje viene a reforzar esta idea.

2. El Derecho jurisdiccional diversificado reserva una función esencial a la tradicional vía de resolución de conflictos, a la jurisdicción, personificado en el Poder Judicial. Es el centro del sistema estatal diversificado de resolución de conflictos. Y es que son los jueces y magistrados y sólo ellos los encargados de (1) apoyar los mecanismos complementarios para garantizar su adecuado funcionamiento y (2) de controlar que se desarrollan conforme a ley, como no puede ser de otra forma en un Estado de Derecho (art. 1 CE). Ponen, para ello, a disposición de la ciudadanía la tutela declarativa, la ejecutiva y la cautelar. No obstante, la intervención de los jueces en el sistema estatal diversificado de resolución de conflictos es dispar –a veces obligatoria, en los conflictos indisponibles, y otras mayor o menor, conforme a las necesidades de las partes y el desarrollo del mecanismo complementario–.

El reconocimiento del sistema estatal diversificado de resolución de conflictos y de la rama del Derecho que lo ordena (el Derecho jurisdiccional diversificado) requiere la modificación de la CE, tanto del

art. 24 (derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva), como de su título VI (Del Poder Judicial).

El primero, en lo sucesivo, debe recoger el derecho de la ciudadanía de acudir a mecanismos ADR, con apoyo y control jurisdiccional, proscribiendo expresamente la indefensión de la ciudadanía en el sistema estatal diversificado de resolución de conflictos. Debe, además, tal y como hace en la actualidad el art. 24.2º CE en relación a la jurisdicción, enunciar las garantías que se exige (u ofrecen) a los mecanismos complementarios para reconocer efectos públicos a sus resultados. Como apuntábamos en nuestra investigación, las principales son 4: (1) La libertad de las partes como fundamento de las mismas; (2) la actuación independiente del tercero; (3) la tramitación – proceso o procedimiento– regido por los principios de audiencia, contradicción e igualdad, y (4) el auxilio y control jurisdiccional.

Hemos postulado, igualmente, que es el actual Título VI CE el lugar idóneo para ordenar expresamente la relación entre las técnicas ADR y la jurisdicción. A nuestro juicio, este título, que debería ampliar su contenido actual –limitado a la jurisdicción– para cimentar el sistema estatal diversificado de resolución de conflictos, debería denominarse “El sistema estatal de resolución de conflictos: la jurisdicción y otros mecanismos complementarios”. Debería, *lege ferenda*, además de reconocer las distintas técnicas (jurisdicción incluida), establecerse sus principios básicos, incidiendo especialmente en la función de apoyo y control que corresponde al Poder Judicial.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3ª ed., México, UNAM, 1991.
- ALMAGRO NOSETE, J.: “Alternativas al proceso jurisdiccional”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1489, 1988.
- ALMAGRO NOSTE, J.: “La ejecución del laudo arbitral”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, 1988.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*, Madrid, Colex, 1999, p. 32.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: “El nuevo arbitraje laboral”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 3, 1996.
- ARANGIO RUÍZ, V.: *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, Edersa, 1945.
- ARRARTE ARISNABARRETA, A.M.: “La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba”, *Advocatus*, nº 26, 2012.

- BARONA VILAR, S.: "'Justicia integral' y 'Acces to justice'. Crisis y evolución del 'paradigma'", *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (S. Barona Vilar, ed.), Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2016, pp. 32 y ss.
- BARONA VILAR, S.: "El arbitraje en el Derecho español", AAVV, *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (arbitraje, conciliación)*, Valencia, Consellería de Benestar Social Generalitat Valenciana, 1998, pp. 82 ss.
- BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2016.
- BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BERNABEU PÉREZ, I.C.: "La declinatoria y el arbitraje", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 45, 2008.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A.: *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, Comares, 2002.
- BERZON, M.: "Settlement disputes, without boxing gloves", *American Shipper*, diciembre 1995.
- BLOMQUIST, R.F.: "Is environmental Alternative Dispute Resolution workin in America?", *Environmental Law Reporter*, nº 8/2000.
- BLOMQUIST, R.F.: "Some (mostly) theoretical and (very brief) pragmatic observations on environmental alternative dispute resolution in America", *Valparaíso Univ. I. Rev.*, vol. 34, 2000.
- BORRAJO DACRUZ, E.: "Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos de trabajo", *Documentación Laboral*, nº 10, 1983.
- BOWAL, P.: "The new Ontario Judicial Alternative Dispute Resolution model", *Alberta L. Rev.*, nº 1, 1995.
- BRUFAU PRATS, J.: *Teoría fundamental del derecho*, 4.ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Civitas–Universidad de Córdoba, Madrid, 1990.
- CALVO CARAVACA, A.L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1981.
- CARAZO LIÉBANA, M.J.: "Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 noviembre 1995)", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 222, 1996.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, F.J.: "La tutela cautelar de los derechos en el arbitraje", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.
- CARVER, T.B. y Vondra, A.A. "Alternative Dispute Resolution: why it doesn't work and why it does", *Havard Business Review*, mayo–junio 1994.
- CONA, F.A.: "Application of online Systmes in Alternative Dispute Resolution", *Buffalo L. Rev.*, vol. 45, 1997.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995.
- COROMINAS I VIGNEAUX, J.: *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. III, Madrid, Gredos, 1972.
- COSTELLO, E.: "ADR: virtue or vice?", *Dispute Resolution Journal*, mayo, 1999.

- CREMADES SANZ–PASTOR, B.: “El arbitraje en el siglo XXI”, *La Ley*, vol. 4, 1990.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, J.M. Bosch editor, 2000.
- D’ORS PÉREZ–PEIX, A.: “La experiencia histórica del arbitraje jurídico”, *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación*, nº 15–16, 1993.
- DE DIEGO DÍEZ, L.A.: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.
- DE LOS SANTOS LAGO, C. y Rosende Villar, C.: “El exequátur en la nueva ley de cooperación jurídica internacional”, *Economist & Jurist*, nº 197, 2016.
- DUPUIS, J.C.: *Mediación y conciliación*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo–Perret, 2002.
- EHRMANN, J.R. y STINSON, B.L. “Human Health Impact assessment (HHIA): the link with Alternative Dispute Resolution”, *Environmental Impact Assessment Review*, nº 14, 1994.
- ESPARZA LEIBAR, I.: “El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de la RAC/ADR” (K. Etxebarria Estankona e I. Ordeñana Gezuraga, dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 57 ss.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Bosch, 1990.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Aproximación teleológica a la tutela cautelar en el proceso civil y en el arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 8897/2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº. 2, 2005.
- FISS, O.M.: “Against settlement”, *Yale L. J.*, nº 93, 1984.
- FISS, O.M.: “Out of Eden”, *Yale L. J.*, nº. 94, 1985.
- FLOYER ACLAND, A.: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, Paidós, 1997.
- FONT SERRA, E.: “La nueva configuración del arbitraje en el derecho español”, *Justicia*, nº 2, 1989.
- FRAGA IRIBARNE, M.: *Guerra y conflicto social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- GOLBERG, S.B., GREEN, E.D. y SANDER, F.E.A.: *Dispute Resolution*, Little, Brown and Company, Boston 1985.
- GOLDBERG, S.H.: “Wait a minute. This is where I came in. A trial lawyer’s search for Alternative Dispute Resolution”, *Brigham Young University L. Rev.*, nº 653, 1997.
- GONZÁLEZ RADIO, V.: *Justicia y globalización*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 2000.
- GUASP DELGADO, J.: *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956.

- GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Retardo en la solución judicial del litigio", *Reflexiones sobre la justicia en España*, Madrid, Doce Calles, 1999.
- HERCE QUEMADA, V. y GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 8º ed., Madrid, 1976.
- IBARRA ROBLES, J.L. y DA SILVA OCHOA, J.C.: "El principio de unidad jurisdiccional en el Estado Autonomico", AAVV (coord. M.A. García Herrera, J.M., Vidal Beltrán, J.M. Sevilla Segura.), *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. 1, Madrid, Colex, 2005, pp. 315–330.
- KATSH, E. y RIFKIN, J.: *On Line Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, San Francisco, Jossey–Bass, 2001.
- LANCKEN, S.: "Out of court: a guide to Alternative Dispute Resolution", *Australian accountant*, abril 1996.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "Intervención judicial en el arbitraje y tutela cautelar", *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (S. Barona Vilar, ed.), Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2016, pp. 441 ss.
- LIEBERMAN, A., ROTARIUS, T.M. y KENDALL, L.: "Alternative Dispute Resolution: a conflict management tool in health care", *Health Care Supervisor*, diciembre 1997.
- LIEBERMAN, J.K. y HENRY, J.F.: "Lessons from the Alternative Dispute Resolution movement", *University Chicago L. Rev.*, nº. 53, 1986.
- LORCA NAVARRETE, A.: "El arbitraje como sistema de garantías", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2002.
- LORCA NAVARRETE, A.M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de arbitraje español. Manual teórico–práctico de jurisprudencia arbitral*, Madrid, Dykinson, 1994.
- MAGRO SERVET, V.: "La mediación civil y mercantil: Ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos", *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 158, 2014.
- MALLANDRICH MIRET, N.: "La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo", *Diario La Ley*, nº 7903, 2012.
- MARÍN GÁMEZ, J.A.: "Aproximación a la problemática jurídico constitucional del arbitraje", *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, 2002.
- MARTÍN BRAÑAS, C.: "La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, nº 1.
- MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B.: *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Barcelona, Paidós, 1999.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MÉNDEZ, H.O.: "La conciliación. Su revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2000.
- MENKEL–MEADOW, C.: "Whose dispute is anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)", *The Georgetown L. J.*, vol. 83, 1995.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A.: *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.

- MERINO MERCHÁN, J.F.: *El "equivalente jurisdiccional" en el Derecho Público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- MIROSA MARTÍNEZ, P.: "Algunas cuestiones de derecho probatorio en el arbitraje: limitaciones e iniciativa probatoria arbitral", *Diario La Ley*, nº 8261, 2014.
- MOLINA CABALLERO, M.J.: *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002.
- MONSERRAT QUINTANA, A.: "Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 14, 2005.
- MONTERO AROCA, J.: "Del Derecho procesal al Derecho jurisdiccional", *Justicia*, nº 2, 1984.
- MONTERO AROCA, J.: *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MONTERO AROCA, J.: *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979.
- MONTORO BALLESTEROS, A.: "Conflicto social, derecho y proceso", AAVV, *Derecho y proceso. Estudios jurídicos en honor al Profesor Antonio Martínez Berrocal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980, pp. 494 ss.
- MORALES FERNÁNDEZ, G.: *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la Mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*, Sevilla, Hispalex, 2014.
- MOSE, D. y KLEINER, B.H.: "The emergence of Alternative Dispute Resolution in business today", *Equal Opportunities International*, nºs 5–6, 1999.
- MULDOON, B.: *El corazón el conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Barcelona, Paidós, 1998.
- MULLERAT, R.: "La justicia alternativa ("Alternative Dispute Resolution") en los EE UU de Norteamérica", *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho arbitral*, nº 3, 2002.
- MUNDUATE JACA, L. y MARTÍNEZ RIQUELME, J.M.: *Conflicto y negociación*, Madrid, Eudema, 1994.
- MUÑOZ SÁBATE, L.: "La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma", *La Ley*, vol. 3, 1995.
- NABAL RECIO, A.: "Crítica de nuestro sistema procesal", *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1995.
- NARANJO, D.A.: "Alternative Dispute Resolution of International private consumer disputes under the NAFTA", *Texas Bar Journal*, febrero 1996.
- NICHOLSON, M.: *Análisis del conflicto*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 2–24.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I.: "La mediación concursal en cuanto mecanismo complementario del concurso de acreedores en el marco del derecho jurisdiccional diversificado", *Tratado de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (A.I. Blanco García, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 259 ss.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I.: *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Civitas, 2009.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I.: *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extra-jurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, Granada, Comares, 2009.

- PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, Madrid, Civitas, 2010.
- PELAYO JIMÉNEZ, R.C.: "La revisión *ad intra* de los laudos arbitrales", *Diario La Ley*, nº 8440, 2014.
- PICKER, B.G.: "ADR. New challenges, new roles and new opportunities", *Dispute Resolution Journal*, febrero–abril 2001.
- PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Una nueva regulación del arbitraje*, Madrid, 1954.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: "La eficacia del proceso", *Justicia*, nº 2, 1982.
- REMÓN PEÑALVER, J.: "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2007.
- REQUEJO PAGÉS, J.L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- REUBEN, R.C.: "The dark side of ADR", *California Lawyer*, febrero 1994.
- ROCA MARTÍNEZ, J.M.: *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, Bosch, 1992.
- ROLPH, E., MOLLER, E. y PETERSEN, L.: "Escaping the courthouse: Private Alternative Dispute Resolution in Los Angeles", *J. Disp. Res.*, nº 2, 1996.
- SABATINO, J.M.: "ADR as "Litigation lite": procedural and evidentiary norms embedded within Alternative Dispute Resolution", *Emory L. J.*, vol. 47, 1998.
- SÁNCHEZ POS, M.V.: *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- SANDER, F.E.: "Alternative methods of dispute resolution: an overview", AAVV (ed. M. Freeman), *Alternative Dispute Resolution*, Sidney, Dartmouth, 1995, pp. 97 ss.
- SANDER, F.E.A.: *Conference on causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*, National Center for State Courts, Washington 1976.
- SCHERER, T.: "Alternative Dispute Resolution in the Federal Tax Arena: The Internal Revenue Service opens its doors to mediation", *J. Disp. Res.*, nº 2, 1997.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona 1969.
- SILVESTRI, E.: "Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 37, 2000.
- SIX, J.F.: *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SOLETO MUÑOZ, H.: "La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles", *Tratado de mediación*, t. I, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (A.I. Blanco García, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 20 ss.
- STAMPA CASAS, G.: "El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares", *Estudios de derecho judicial*, nº 102, 2006.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.: "Apunte reflexivo sobre la justicia", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 44, 2002.
- TARUFFO, M.: "La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?", AAVV (P. Andrés Ibáñez, ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 144 ss.
- TÉLLEZ DE PERALTA, D.: "La inseguridad jurídica en los arbitrajes. El tribunal de Barcelona", *IURIS, Actualidad y práctica del Derecho*, nº 66, 2000.

- VINYAMATA CAMP, E.: *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Barcelona, Ariel, 1999.
- WANG, M.: "Are alternative dispute resolution methods superior to litigation in resolving disputes in international commerce?", *Arbitration International*, nº 2, 2000.
- ZORRILLA RUÍZ, M.M. y LLEDÓ YAGÜE, F.: *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Madrid, Dykinson, 1998.