

Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización

Julio César BETANCOURT *

Sumario: I. Introducción. II. Los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR). 1. Antecedentes. 2. Tipología. 3. La europeización de las alternativas. 4. La mediación como alternativa preferente. 5. Regulación. III. La constitucionalización de los medios “alternativos”. 1. Traslación de la idea: de la constitución al tratado. 2. El proceso y sus alternativas: la noción de coexistencia. 3. Los medios alternativos como vías de acceso a la justicia. 4. ADR como derecho subjetivo de carácter constitucional. 5. Repensando acerca de las funciones del “poder judicial”. IV. Conclusión.

I. Introducción

La función jurisdiccional es, por antonomasia, de naturaleza constitucional; por esta razón, el ejercicio de ella debe ser desempeñado, de manera exclusiva y excluyente, por parte de los órganos que —constitucionalmente— han sido dotados de potestad jurisdiccional¹. No sin razón se ha dicho que esa potestad jurisdiccional se halla indisolublemente relacionada con la tarea de resolver conflictos², cuestión

* Abogado, curso de postgrado en Derecho en la especialidad de Derecho de daños (USAL), especialista en Derecho procesal (UCAB), magister en Derecho comercial internacional (UCL), especialista en Derecho constitucional (USAL), especialista en Derecho de contratos y daños (USAL), Profesor y Conferenciante invitado por el Instituto de Estudios Jurídicos y por el Centro de Formación Forense del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Profesor invitado por la Universidad de Salamanca, *Visiting Research Fellow* (King's College Londres), *Head of Research & Academic Affairs del Chartered Institute of Arbitrators*. Profesor invitado de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (Universidad de Salamanca), *Head of Research & Academic Affairs del Chartered Institute of Arbitrators* (Londres-Reino Unido).

¹ Cf. J. Montero *et al.*, *Derecho jurisdiccional: Parte general*, Valencia, 2007, vol. I, pp. 37–38.

² Cf. V. Moreno *et al.*, *Introducción al Derecho procesal*, Valencia, 1993, p. 214; F. Ramos, *Derecho Procesal Civil*, t. I., p. 54.

que, por excelencia, le corresponde al denominado “Poder Judicial”³ y que comúnmente tiene lugar mediante la prestación de un *servicio público constitucional*—conocido como “jurisdicción”—⁴ que se halla encaminado a “solucionar” un conflicto determinado a través de una decisión judicial que será dictada con arreglo a lo que disponen las normas jurídicas aplicables a la situación que ha generado ese conflicto⁵.

En este sentido, la función jurisdiccional, vinculada a la noción de resolución de conflictos⁶, no es más que una actividad de sustitución que surge a partir de la existencia del “derecho a la jurisdicción”⁷ y en

³ Vid. A. de la Oliva *et al.*, *Derecho procesal: introducción*, Madrid, 1999, p. 24; E. Vescovi, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, 1999, p. 99. Vid. además J. Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Basingstoke, 2005, p. 145; AW Bradley *et al.*, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, 2007, p. 85; W. Jennings, *The Law and the Constitution* (Sevenoaks, 1979), p. 21; A. Tomkins, *Public Law*, New York, 2003, p. 36. Es importante señalar que la idea de un “poder judicial” investido de un “poder de juzgar”, como instrumento de resolución de conflictos, es la más importante de las innovaciones propuestas por Montesquieu al momento de contribuir con la doctrina de la separación de poderes, aunque también hay que destacar que no fue él quien inventa dicha doctrina. Cf. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 1998, pp. 95–96.

⁴ La jurisdicción, pues, debe ser entendida como “un servicio público, autónomo e indelegable que, de manera exclusiva, viene a ser prestado por el Estado, quien, por órganos predeterminados e independientes garantiza la paz social ...*Omissis*...”, *vid.* la nota a pie de página n° 103 en J. Betancourt, *El Antejúicio Administrativo: ¿una garantía que protege a los entes públicos o un obstáculo frente a los titulares del derecho a la jurisdicción?*, *Iurídica* 5 julio/diciembre, Valencia, 2007, pp. 92–93.

⁵ Esto quiere decir que la tarea de resolver conflictos es, sin duda, una de las funciones del Estado, cuestión que tiene lugar, de manera excepcional, cuando los sujetos del conflicto son incapaces de resolver sus diferencias entre sí o en aquellos casos en los que, por razones de orden público, es necesario obtener una decisión judicial. en J. Almagro *et al.*, *Derecho Procesal: Parte General*, Valencia, 1989, t. I, vol. I, p. 65; F. Escribano, *Evitación del Proceso*, Madrid, 1998, p. 15. Ello supone la existencia de un “Poder Judicial” encargado de resolver conflictos a través del ejercicio de una “potestad de juzgar”, y dicha potestad: la de juzgar, trae aparejada la ejecución de un procedimiento deliberativo que debe seguirse antes de tomar una decisión.

⁶ Es importante recordar que en ejercicio de la función jurisdiccional también se tutelan derechos e intereses dignos de protección jurídica independientemente de la existencia de un conflicto; *vid.*, *v.gr.*, el supuesto de la mal llamada “jurisdicción voluntaria” en V. Cortés *et al.*, *Derecho Procesal: Proceso Civil*, Valencia, 1989, t. I, vol. II, pp. 489–491; A. Fernández, *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2007, pp. 114–116; *vid.* la nota a pie de página n° 36 en J. Sánchez, *Las Funciones no Jurisdiccionales de los jueces en Garantía de Derechos*, Madrid, 2002, p. 56.

⁷ Para obtener una explicación más detallada de la noción “derecho a la jurisdicción”, *vid.* R. Ortiz–Ortiz, *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*, Caracas, 2004, p. 68 *et passim*; R. Ortiz–Ortiz, *La Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa*, Caracas, 2001, p. 108 *et passim*. Interesa mencionar que la idea de un “derecho a la jurisdicción” se identifica con el concepto de aquello que, en los sistemas del *common law*, se conoce como “*access to justice*” (*acceso a la justicia*) y ambas nociones tienen que ver con el reconocimiento de un *derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales* o, dicho de otro modo, un derecho “a promover la actividad jurisdiccional

la que se reemplaza la potencial realización de una actividad de carácter privado —destinada a resolver un conflicto— por una actividad pública de contenido jurídico—resolutorio que se desenvuelve a través del proceso⁸.

Desde este punto de vista, el proceso, como institución del Derecho procesal⁹, puede ser visto entonces como “un mecanismo” de resolución de conflictos de naturaleza jurisdiccional. De allí que pueda decirse, por una parte, que el proceso no es la única forma de resolver conflictos¹⁰ y mucho menos la única forma de hacer justicia¹¹, sino simplemente una de ellas¹² y; por la otra, que existen alternativas no jurisdiccionales de resolución de conflictos que, posiblemente, sean incluso más efectivas y tal vez más justas que el proceso mismo.

No obstante, lo cierto es que, en la práctica, el proceso sigue jugando un papel preponderante como herramienta jurídica de resolución de conflictos. Es precisamente mediante la utilización del proceso como el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, “resuelve” los conflictos que le han sido planteados por parte de los titulares de un derecho constitucional que les garantiza el acceso a los órganos que han sido dotados de potestad jurisdiccional “derecho a la jurisdicción” para que sea el propio Estado quien “resuelva” el conflicto¹³. Ello pa-

que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”, *vid.* H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2009, p. 115; M. Ortells, *Derecho procesal civil*, Elcano, 2001, p. 47.

⁸ Cf. G. Chiovenda, *Instituciones de Derecho procesal civil: Las relaciones procesales (La jurisdicción y los sujetos del proceso)*, vol. II, Buenos Aires, 2005, pp. 18–19.

⁹ *Vid.* M. Serra, *Jurisdicción, acción y proceso*, Barcelona, 2008, pp. 251–253.

¹⁰ F. Escribano, *op. cit.*, p. 301.

¹¹ Aunque hay que reconocer que cada mecanismo de resolución de conflictos provee una singular forma de hacer justicia, *vid.* R. Tomasic, *The Sociology of Law*, Londres, 1985, p. 61.

¹² Cf. E. Couture, *Estudios de Derecho procesal civil: La Constitución y el proceso civil* t. I, Buenos Aires, 1979, p. 23; P. Longo, *Arbitraje y sistema constitucional de justicia*, Caracas, 2004, pp. 87–92. L. Fuller, una de las figuras más destacadas en el área de medios alternativos de resolución de conflictos, explica que no todo conflicto tiene la misma estructura, de allí que lo ideal sería utilizar el mecanismo más apropiado para cada tipo de situación de conflicto, en Fuller, citado por C. Menkel–Meadow, *Dispute Processing and Conflict Resolution: Theory, Practice and Policy*, Dartmouth, 2003, p. 18.

¹³ Es importante señalar que, en algunos casos, afirmar que el Estado “resuelve” los conflictos que le han sido planteados no es más un argumento ficticio. El Estado no hace más que darle una solución “jurídica” a un caso concreto. De este modo, no hay duda que la decisión que se pronuncia con respecto al conflicto es legítima porque proviene de una norma jurídica, pero ello no quiere decir que el conflicto en puridad haya sido resuelto, pues, la noción de “resolución” comporta un ideal de ‘satisfacción recíproca’ que difícilmente puede ser alcanzado mediante la simple aplicación de una norma. Para entender mejor esto *vid.* B. Hill, “An Analysis of Conflict Resolution Techniques: From Problem–

rece indicar que, en virtud de la existencia de ese derecho a la jurisdicción, el Estado se encuentra constitucionalmente obligado a resolver conflictos “exclusivamente” a través del proceso sin parar mientes en cuáles serían las alternativas no jurisdiccionales potencialmente utilizables para resolver ese conflicto.

En este orden de ideas, es evidente pues que, a falta de la existencia de una norma constitucional en la que se haga mención a que los particulares tienen derecho a resolver sus conflictos a través mecanismos no jurisdiccionales, cualquiera podría llegar a concluir que dichos mecanismos; siempre y cuando sean permitidos por el ordenamiento jurídico, no vienen a ser más que una mera opción que, en ningún caso, el Estado se halla obligado a “garantizar”.

Pero, ¿cuál sería la situación si es la propia norma constitucional la que promueve la utilización de mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos? Es precisamente a propósito de lo que establecía el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa¹⁴, instrumento en el cual se promovía que fuese “garantizado” “el desarrollo de métodos alternativos de resolución de [conflictos]”¹⁵; cuestión que fue posteriormente reproducida en el Tratado de Lisboa¹⁶, por lo que se ha pretendido examinar lo que tiene que ver con la fenomenología de la “constitucionalización” de los medios alternativos de resolución de conflictos (*ADR*) en la Unión Europea y, finalmente, determinar cuáles los posibles efectos consecuenciales de esta nueva política adoptada por la Unión.

Para cumplir con esta labor, se ha preparado un esquema contentivo de dos partes. En la primera de ellas, se hace una exposición resumida de lo que significa la noción de medios alternativos de resolución de conflictos y su posterior recibimiento dentro la Unión Europea. En la segunda de sus partes, se examina el fenómeno de la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflic-

Solving Workshops to Theory”, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 26, n° 1, 1982, pp. 114–115; F. Sander ‘Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview’ (Winter, 1985), *University of Florida Law Review*, vol. 37, p. 6; Burton, citado por G. Tillett, *Resolving Conflict: A Practical Approach*, Oxford, 1993, p. 9; E. Carroll, “Are we ready for ADR in Europe”, *International Financial L. Rev.*, vol.8, 1989, p. 13.

¹⁴ Capítulo IV, Sección 3, art. III–269.2.g.

¹⁵ En el texto original de dicho proyecto se hizo uso del vocablo [litigios], cuestión que no es más que una traducción al español del inglés “litigation”. Sin embargo, lo ideal habría sido que se hiciese una *traducción libre* en lugar de una *traducción literal*, pues, procesalmente, lo que se entiende en los sistemas del *common law* como “litigation” es lo que, técnicamente, dentro del derecho continental europeo se conoce con el nombre de “proceso”.

¹⁶ Capítulo 3, art. 65.2.g.

tos y se discurre acerca de los potenciales efectos que trae consigo la existencia de una norma en la cual se garantiza su incorporación como parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

II. Los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR)

A finales de los años setenta, Frank Sander, profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, introdujo un innovador y, quizá, uno de los conceptos más importantes dentro de la teoría general del conflicto: la noción de “*alternative dispute resolution* (ADR)”¹⁷, expresión que, relacionada con el uso de mecanismos distintos al proceso, ha sido traducida al español como “*medios alternativos de resolución de conflictos*”¹⁸.

La noción de medios alternativos de resolución de conflictos, resumida en el tecnicismo ADR, se refiere, pues, a toda una serie de procedimientos que sirven como alternativas entre el proceso y algunos otros mecanismos no jurisdiccionales en los que, generalmente, participa un tercero que asiste a dos o más sujetos para facilitar la resolución de un conflicto que ha surgido entre éstos¹⁹. Algunos de esos mecanismos entre los cuales se opta son el arbitraje²⁰, la conciliación, la evaluación neutral, la determinación por expertos, el tribunal empresarial, las formas combinadas de resolución de conflictos; como por ejemplo, el MED-ARB, el panel de revisión de conflictos, la media-

¹⁷ S. Roberts *et al.*, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making* (Cambridge, 2008), p. 5. *Vid.* además A. Rau *et al.*, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* (New York, 2006), p. 530.

¹⁸ Las siglas ADR han sido también relacionadas con la expresión ‘appropriate dispute resolution’ (resolución apropiada de conflictos), en A. Martin *et al.*, *Commercial Dispute Resolution*, Londres, 1996), p. 216. Sin embargo, esta última expresión surge a partir de una discusión fútil relacionada con la sustitución de la expresión “resolución alternativa de conflictos” por “resolución apropiada de conflictos”. Nótese que, en la lengua española, la expresión “medios alternativos de resolución de conflictos” ha sido representada, en ocasiones, con el acrónimo MARC.

¹⁹ *Cf.* H. Brown *et al.*, *ADR Principles and Practice*, Londres, 1999, p. 12.

²⁰ *Vid.* J. Gómez, *Derecho jurisdiccional: proceso civil*, vol. II, Valencia, 2000, p. 873. Aunque por razones similares a las que han sido expuestas cuando se explicó que el Estado “resuelve” los conflictos que le han sido planteados (*vide supra*, nº 13), hay quienes consideran que el arbitraje no puede ser entendido como un auténtico medio “alternativo” de resolución de conflictos dado el carácter impositivo del laudo arbitral. *Vid.* K. Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, La Haya, 2006, p. 46.

ción, las conferencias pre-procesales, los defensores del pueblo (*Ombudsman*), etc²¹.

1. Antecedentes

El origen de lo que, modernamente, se conoce con el nombre de *ADR* ha sido explicado de manera desigual, aunque todos coinciden en que la idea fue concebida en los EE UU²². Para algunos, todo comenzó luego de la Primera Guerra Mundial (1914–1918)²³. Otros afirman que la noción de *ADR*, entendida como un auténtico movimiento estadounidense para el desarrollo de alternativas distintas al proceso, surge durante los años setenta²⁴. Por otra parte, hay quienes consideran que el movimiento *ADR* nace a partir de la conferencia dictada por el Profesor Frank Sander en 1976: “*the Pound Conference*”²⁵.

Lo cierto es que, cualquiera que sea el verdadero origen de este movimiento, ya en 1980 la noción de medios alternativos de resolución de conflictos se había desarrollado, extendido y; hasta cierto nivel, discutido con amplitud²⁶. Durante esta década, se identifican cuatro objetivos distintos pero, sin duda, relacionados con este movimiento;

²¹ Cf. P. Fenn, *Introduction to Civil and Commercial Mediation: Part I*, Chartered Institute of Arbitrators (ed.), Londres, 2003, pp. 14–17; J. Goss, “An Introduction to Alternative Dispute Resolution”, *Alta. Law Review*, vol. 34, 1995–1996, pp. 2–33.

²² Esto no quiere decir que todos y cada uno de los llamados “*ADR* mecanismos” fueron diseñados en los EE UU, sino que la idea de utilizarlos “a gran escala”; por decirlo de alguna manera, es producto de un pensamiento que se originó en los EE UU.

²³ A. Fiadjo, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Londres, 2004, p. 5.

²⁴ S. Goldberg et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, Londres, 1992, p. 7.

²⁵ C. Menkel–Meadow, *op. cit.*, p. 1 *et passim*. Esta conferencia “*the Pound Conference*” toma su nombre a partir de la vigésima novena conferencia de la *American Bar Association (ABA)*, conferencia que tuvo lugar en 1906 en el Estado de Minnesota, y en la que; para ese entonces, el decano de Escuela de Leyes de la Universidad de Nebraska, *Roscoe Pound*, presentó una magnífica disertación que título “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice?*”. Setenta años después, y tomando como idea el título de la conferencia que fue dictada por *Roscoe Pound* en 1906, se vuelve a tratar el tema de los problemas relacionados con la administración de justicia y, con frecuencia, se hace mención al discurso que fue presentado por él en aquella oportunidad. Cf. R. Lee, “*The Profession Looks at Itself—The Pound Conference of 1976*”, *Brigham Young University L. Rev.*, 1981, pp. 737–738.

²⁶ Cf. G. Applebey, “*Alternative Dispute Resolution and the Civil Justice System*”, en K. Mackie (ed.), *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, Londres, 1991, p. 28. Por esta razón puede afirmarse que, hoy por hoy, todo litigante debería tener, al menos, un conocimiento básico de lo que significa la noción de medios alternativos de resolución de conflictos (*ADR*), en S. Davis, “*ADR: What is it and what are the pros and cons*”, en R. Caller (ed.), *ADR and Commercial Disputes*, Londres, 2002, p. 1.

a saber: i) aliviar a las cortes del congestionamiento, así como también disminuir el problema de costos y retrasos; ii) aumentar la participación de las comunidades en los procedimientos de resolución de conflictos; iii) facilitar el acceso a la justicia y; finalmente; iv) proveer una forma más efectiva de resolver conflictos²⁷.

En los años noventa, se da un paso agigantado hacia la promoción y el desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos en los EE UU; por un lado, con la entrada en vigor del *Civil Justice Reform Act of 1990*, el cual requería que se elaborase un plan destinado a reducir costos y dilaciones procesales y en el que, entre otras cosas, se recomienda hacer uso de tales medios²⁸ y; por el otro, con la entrada en vigor del *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, con el cual se autoriza a las cortes de distrito de los EE UU a diseñar y a poner en práctica un programa dirigido a utilizar medios alternativos de resolución de conflictos. De allí en adelante, el uso de medios alternativos de resolución de conflictos se ha convertido en toda una ejemplar institución que ha motivado a otros países a poner en práctica un nuevo sistema de resolución de conflictos que va más allá de lo que tradicionalmente había sido ofrecido por parte de los órganos jurisdiccionales.

2. Tipología

La idea de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos, como instrumentos destinados a facilitar el acceso a toda una serie de mecanismos resolutivos distintos al proceso, puede llegar a concretarse tanto fuera del proceso “extraprocesalmente” como dentro de él “intraprocesalmente”²⁹. Esto quiere decir que la utilización de tales mecanismos puede tener lugar en cualquier momento luego de haber sido constatada la presencia de un conflicto, e incluso, antes de su ocurrencia; como por ejemplo, cuando se haya identificado que existe un estado de tensión que podría terminar por generar un conflicto.

En ambos supuestos, podría decirse que el uso de medios alternativos de resolución de conflictos puede llevarse a cabo tanto a través de

²⁷ Goldberg, *cit.* por K. Mackie, “Dispute resolution: the new wave”, en K. Mackie (ed.), *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, Londres, 1991, p. 3.

²⁸ E. Plapinger *et al.*, *ADR and the Settlement in the Federal District Courts: a sourcebook for judges and lawyers*, New York, 1996, p. 3.

²⁹ Es menester señalar además que la prestación del servicio de “medios alternativos de resolución de conflictos” puede perfectamente ser encomendada tanto a un ente u órgano público como a una persona jurídica de Derecho privado. Cf. J. Albert, *Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union: Final Report*, December, 2007, p. 86.

un programa de participación voluntaria, como mediante un programa de participación obligatoria. En el último caso, dicha participación puede ser exigida por vía legislativa, por requerimiento judicial³⁰ —a partir del ejercicio de una facultad discrecional de los jueces— o por disposición contractual.

Es posible además que dicha exigencia se configure como presupuesto procesal —caso en el cual la admisibilidad de la pretensión se hallaría sujeta a que se haya hecho uso de un mecanismo alternativo— o como requisito para la continuación de los actos de procedimiento³¹.

3. La europeización de las alternativas

En Europa, esto de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos fue considerado, a primera vista, como un fenómeno foráneo; es decir, como algo que surgió para satisfacer toda una serie de necesidades inherentes al sistema de administración de justicia estadounidense. De modo que, por un momento, se creyó que Norte América estaba meramente haciendo uso de unas alternativas que, por razones fácticas, no tendrían sentido alguno en el continente europeo³².

Empero, por razones similares a las que motivaron la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos en los Estados Unidos, la idea de hacer uso de tales medios —en Europa— no tardó en ser adoptada³³. Tan así es que, en 1981, con el propósito de facilitar el acceso a la justicia, el Comité de Ministros del Consejo de Europa; mediante la Recomendación n° R (81) 7, recomienda que los Estados

³⁰ Esto es lo que, en los países del *Common Law*, ha recibido el nombre de “*court-annexed*”, “*court-directed*” o “*court-referred*” ADR, en K. Mackie *et al.*, *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, Londres, 2000, p. 16.

³¹ Cf. M. Weston, “Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality”, *Indiana L.J.*, vol. 76, 2001, pp. 597–603.

³² Cf. C. Wallgren, “ADR and Business”, en A. Ingen-Housz (ed.), *ADR in Business*, The Netherlands, 2006, p. 8. De manera similar, hay quienes señalan que, en Europa, la idea de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos fue observada con escepticismo simplemente porque se trataba de una institución que surge en Norte América, en J.-C. Goldsmith, “*Les Mode de règlement amiable des différends (RAD)*”, *Intl Business L.J.*, 1996, p. 229.

³³ Cf. M. Campos Sánchez-Bordona, ‘Las alternativas a la jurisdicción y la reserva judicial del control de la legalidad’, en *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público: VI Jornadas de Estudios del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla, 2003, pp. 6–8.

Miembros tomen medidas tendientes a facilitar y a promover el uso de la conciliación y la “resolución amigable de conflictos”³⁴.

Poco tiempo después, específicamente, en 1986; esta vez, con el objeto de prevenir y reducir la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, particularmente, a través de la Recomendación N.º R (86) 12³⁵, invita, una vez más, a los Estados Miembros a que promuevan la “resolución amigable de conflictos” a través de una toda una serie de mecanismos, incluyendo; entre otras cosas, la conciliación y el arbitraje.

Adicionalmente, en los años 1998, 1999, 2001 y 2002, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó varias recomendaciones relacionadas con el uso de la mediación, concretamente, en el área de: mediación familiar³⁶, mediación en asuntos penales³⁷, alternativas al proceso entre autoridades administrativas y personas de Derecho privado³⁸, y mediación en material civil³⁹. El impacto de tales recomendaciones ha sido evaluado por parte de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia “*The European Commission for the Efficiency of Justice*” (CEPEJ), Comisión que, en el año 2007, elaboró toda una serie de directrices y adoptó ciertas medidas para

³⁴ Council of Europe: Committee of Ministers ‘Recommendation No. R (81) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Measures Facilitating Access to Justice’, disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2> (consultado el 15 de Febrero, 2010).

³⁵ Council of Europe: Committee of Ministers ‘Recommendation n.º R (86) 12 of the Committee of Ministers to Member States concerning Measures to Prevent and Reduce the Excessive Workload in the Courts’, disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=606796&SecMode=1&DocId=690980&Usage=2> (consultado el 15 de Febrero, 2010).

³⁶ *Vid.* Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation.

³⁷ *Vid.* Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to Member States concerning Mediation in Penal Matters.

³⁸ *Vid.* Recommendation No. R (2001) 9 of the Committee of Ministers to Member States on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties.

³⁹ *Vid.* Recommendation No. R (2002) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters. Es importante señalar, además, que el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCEJ), en su opinión No. 6 (2004), D.1, señaló, entre otras cosas, que era necesario promover el desarrollo de ADR esquemas así como también dar a conocer públicamente que ellos existen, *vid.* Opinion No. 6 (2004) of the Consultative Council of Europe an Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on fair trial within a reasonable time and judge's role in trials taking into account alternative means of dispute settlement.

garantizar que tales recomendaciones fueren implementadas de manera efectiva⁴⁰

Un año después, esto es, en el año 2008, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, concretamente, en el Reporte de los Sistemas de Justicia Europeos, no solamente reconoció que el uso de medios alternativos de resolución de conflictos, en general, puede contribuir con el mejoramiento de la eficiencia judicial, sino que además reportó algunas cifras alentadoras relacionadas con el uso de mediación, conciliación y arbitraje en el espacio europeo⁴¹.

Por otra parte, con respecto a lo que tiene que ver con los países de la Unión Europea, puede afirmarse que la idea de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos no solamente fue recibida con sumo interés, sino que además ha sido desarrollada mediante iniciativas diversas⁴².

Todo comienza a partir del Plan de Acción de Viena (1998) —el cual surge como respuesta a la petición realizada por los jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Cardiff⁴³ y de las conclusiones adoptadas luego del Consejo Europeo de Tampere (1999), momento en el cual el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior instó a la Comisión a que presentase un “Libro Verde”⁴⁴ con respecto al tema de los medios alternativos de resolución de conflictos —excluyendo el arbitraje— en materia Civil y Mercantil. De allí surge el *Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el*

⁴⁰ Council of Europe ‘Mediation’, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/mediation/default_en.asp (consultado el 15 de Febrero, 2010).

⁴¹ The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) ‘European Judicial Systems’ (September, 2008), pp. 99–107.

⁴² Para obtener una explicación pormenorizada del asunto consúltese F. Martín, *Políticas de la Unión Europea en la Promoción de Soluciones Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos*, en S. Velarde (ed.), *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Salamanca, 2006, pp. 71–96; M. Campos Sánchez-Bordona, ‘Las Alternativas no Jurisdiccionales a la Resolución de Conflictos’, en *Justicia: Poder y Servicio Público: Cuadernos de Derecho Judicial* (XVIII, 2006), pp. 388–391.

⁴³ Europa: Síntesis de la legislación de la UE ‘Plan de Acción’, disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/other/133080_es.htm (consultado el 19 de Febrero, 2010).

⁴⁴ Los Libros Verdes no son más que “documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Los Libros Verdes invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, y pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos” en Europa: Glosario ‘Libro Verde’, disponible en: http://europa.eu/scadplus/glossary/green_paper_es.htm (consultado el 19 de febrero, 2010).

ámbito del *Derecho Civil y Mercantil (2002)*⁴⁵, documento que sirve de cimiento para la posterior creación de un *Código de Conducta Europeo para Mediadores*; el cual fue aprobado y adoptado en el año 2004, año en el cual se presenta además una propuesta de Directiva para llevar adelante la utilización de la mediación en material Civil y Mercantil, cuestión que fue aprobada cuatro años después, sin enmiendas, como la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Del mismo modo, la Comisión ha tomado algunas otras iniciativas en materia de resolución de conflictos entre consumidores y comerciantes, comercio electrónico y resolución de conflictos transfronterizos, promoviendo de esta manera el uso de medios alternativos de resolución de conflictos⁴⁶, cuestión que; en los últimos años, se ha incrementado considerablemente dentro de los países que forman parte de la Unión Europea⁴⁷.

4. La mediación como alternativa preferente

La aprobación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva 2008/52/CE)⁴⁸ es, posiblemente, una de las iniciativas más importantes en materia de medios alternativos de resolución de conflictos⁴⁹. Si bien es cierto que su ámbito de aplicación se halla delimitado a la resolución de

⁴⁵ No obstante, el uso de medios alternativos de resolución de conflictos ya había sido recomendado, directa o indirectamente, en un cierto número de instrumentos y propuestas comunitarias, *vid.* European Commission: *Alternative Dispute Resolution—Community Law* ‘The European Union is very interested in alternative dispute resolution’ disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_en.htm (consultado el 19 de Febrero, 2010).

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ European Commission: ‘Settling out of court – developing alternative methods to resolve civil and commercial disputes in the European Union’, disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/dispute/fsj_civil_dispute_en.htm (consultado el 19 de Febrero, 2010). Nótese que, por ejemplo, en materia de conflictos entre consumidores y comerciantes se han identificado más de 750 esquemas de resolución alternativa de conflictos en los Estados Miembros, en F. Alleweldt and others, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union: Final Report*, October, 2009, p. 11.

⁴⁸ Para obtener información relacionada con los antecedentes históricos de esta Directiva véase E. Birch, ‘The Historical Background to the EU Directive on Mediation’, *Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, vol. 72, no. 1, 2006, pp. 57–61.

⁴⁹ Otra de las Directivas en las que se favorece la utilización de la mediación como forma de resolución de conflictos es la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre la mediación en los seguros.

conflictos transfronterizos, también es verdad que la naturaleza de las cuestiones “civiles y mercantiles” es bastante amplia como para abarcar un gran número de situaciones de conflicto. Pues bien, a pesar de la existencia de toda una gama de alternativas distintas al proceso, todo parece indicar que los países de la Unión han preferido hacer uso de lo que, recientemente, se ha convertido en un fenómeno mundial: la mediación⁵⁰.

Esto de la mediación, en un lenguaje sencillo y libre de exornación, puede ser definido como un procedimiento en el cual una persona neutral —la persona del mediador— procura que los sujetos del conflicto lleguen a un acuerdo que ambas partes —o cualquiera que sea el número de ellas— considerarán como aceptable⁵¹.

La mediación puede ser utilizada para resolver conflictos de distinta naturaleza⁵² y se cree que, a través de ella; específicamente, en el caso de los conflictos “civiles y mercantiles”, los sujetos del conflicto serán capaces de obtener una solución que, en muchos casos, es más expedita y mucho menos onerosa que aquella que se obtiene cuando se acude por ante los órganos jurisdiccionales.⁵³

El objetivo de la Directiva 2008/52/CE no es más que:

[...] facilitar el acceso a *modalidades alternativas de solución de conflictos* y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.⁵⁴ (Las cursivas han sido añadidas)

⁵⁰ K. Cloke, *The Crossroads of Conflict: A Journey into the Heart of Dispute Resolution*, Québec, 2006, p. 321. Esto no quiere decir que la mediación, como tal, es un mecanismo de reciente data, pues, ella es; sin duda, una de las formas más antiguas de resolver conflictos, en J. Wall *et al.*, “Mediation: A Current Review”, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 37, n° 1, 1993, p. 161. *Vid.* también CW Moore, citado por A. Fiadjoe, *op. cit.*, p. 5; J. Barret *et al.*, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural and Social Movement*, San Francisco, 2004, p. xxv.

⁵¹ Cf. H. Genn, *Mediation in Action: Resolving Court Disputes without Trial*, Londres, 1999, p. 15.

⁵² *Vid.* J. Macfarlane, “An Alternative to What?”, en J. Macfarlane (ed.), *The Mediation Alternative*, 1997, p. 3; R. Lewicki *et al.*, “Models of Conflict, Negotiation and Third Party Intervention: A review and Synthesis”, *Journal of Organizational Behavior*, vol. 13, n° 3, 1992, pp. 233 ss.

⁵³ Europa: Press releases RAPID ‘Mediation in civil and commercial matters’ (April, 2008), disponible en:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/263&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (consultado el 22 de Febrero, 2010).

⁵⁴ *Vid.* art. 1.1 Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

De esta manera, se espera, pues, que los Estados Miembros adopten las medidas que sean necesarias para cumplir con esta Directiva⁵⁵, algo que será monitoreado de cerca por parte de la Comisión para garantizar que todos ellos se beneficien de las potenciales ventajas que la mediación puede ofrecer.

Sin embargo, tomando en cuenta que la facilitación de “modalidades alternativas de solución de conflictos” no se agota mediante la promoción de la mediación, es posible que, para cumplir con esta labor, los Estados de la Unión terminen por adoptar algunas nuevas medidas destinadas a promover el uso de otros medios alternativos de resolución de conflictos.

Por lo pronto, puede afirmarse con acierto que existe un marcado interés que ha motivado la utilización y el desarrollo de tales medios⁵⁶, aunque la mediación es, sin duda alguna, el mecanismo que más ha llamado la atención en los países de la Unión⁵⁷.

5. Regulación

Por el momento, se puede decir que no existe un instrumento normativo “único” en el cual se regule lo relativo a la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos en los Estados Miembros de la Unión Europea. De modo que, actualmente, las reglas destinadas a poner en práctica un verdadero “sistema de resolución de conflictos” a través de mecanismos no jurisdiccionales no son, en modo alguno, homogéneas.⁵⁸

⁵⁵ Esto quiere decir que, a pesar de la existencia de lo que se podría denominar como un “objetivo comunitario”, los Estados Miembros están facultados para elegir el modo en el cual se alcanza ese objetivo. Cf. A. Warleigh-Lack, *European Union: The Basics*, Londres, 2009), p. 48.

⁵⁶ A. Brady, “Alternative Dispute Resolution (ADR): Developments within the European Union”, *Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Vol. 71, No. 4, 2005, p. 327.

⁵⁷ El tema de la mediación en la Unión Europea ha sido explicado de manera sucinta en K. Mackie *et al.*, *The EU Mediation Atlas*, Londres, Mediation in the European Union, 2004, pp. 173–180.

⁵⁸ Para conocer cuál es la situación de los medios alternativos de resolución de conflictos en la práctica, específicamente, en Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Inglaterra y Gales y Rumanía, *vid.* S. Bushell, *Dispute Resolution in 51 jurisdictions worldwide*, Londres, 2009, pp. 10 (Austria), 19 (Bélgica), 61 (Chipre), 66 (Dinamarca), 73 (Inglaterra y Gales), 80 (Finlandia), 86 (Francia), 92, (Alemania), 105 (Grecia), 128 (Irlanda), 140 (Italia), 165 (Lituania), 171 (Luxemburgo), 178 (Países Bajos), 193 (Polonia), 200 (Portugal), 207 (Rumanía), 220 (Eslovenia) y 236 (España). Para obtener información con respecto al resto de los países de la Unión Euro-

No obstante, lo cierto es que “[l]a Unión Europea está muy interesada en las modalidades alternativas de solución de conflictos”⁵⁹ y es posible que, en los próximos años, los Estados Miembros que aún no han implementado una política no jurisdiccional de resolución de conflictos comenzarán —por separado— a poner en funcionamiento y a regular *motu proprio* lo relacionado con el uso de las alternativas distintas al proceso para garantizar que los usuarios de esas “alternativas” estarán normativamente amparados por un sistema dotado de condiciones óptimas.

III. La constitucionalización de los medios “alternativos”

Una de las innovaciones de aquel rechazado *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*⁶⁰, tuvo que ver con la incorporación de una norma en la cual se promovía “el desarrollo de métodos alternativos de resolución de [conflictos]” en los Estados Miembros de la Unión⁶¹.

pea, véase Comisión Europea: Red Judicial Europea en materia civil y mercantil ‘Modalidades alternativas de solución de conflictos – Información general’ en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gen_es.htm (consultado el 27 de febrero, 2010).

⁵⁹ Comisión Europea: Red Judicial Europea en materia civil y mercantil ‘La Unión Europea está muy interesada en las modalidades alternativas de solución de conflictos’ disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm (consultado el 27 de febrero, 2010).

⁶⁰ Interesa comentar, aunque sea brevemente, que para algunos dicho proyecto no podía ser visto como una verdadera “constitución”; sino, simplemente, como un “tratado constitucional” con características propias de un texto constitucional, y hay quienes consideran que fue un gran error eso de haberle dado el nombre de “constitución”. Cf. Schwarze, citado por A. Albi *et al.*, “The EU Constitution, national constitutions and sovereignty: an assessment of a ‘European constitutional order’”, *European Law Review*, 2004, pp. 747–748; M. Agudo, “La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2005, p. 374; A. Sbragia, “Introduction: The EU and its ‘Constitution’: Public Opinion, Political Elites, and their International Context” *Political Science and Politics*, vol. 39, n.º. 2, 2006, p. 238; W. Wallace, “The EU Constitution: What next?”, *The Denning Law Journal*, vol. 20, 2008, p. 22. En general, la utilización de los términos “constitucional” y “constitución” dentro del contexto de la Unión Europea ha sido siempre un tema controversial. Cf. J. Shaw, “Europe’s constitutional future”, *Public Law*, 2005, p. 133. Por lo pronto, y para ahondar en el tema de lo que es —y lo que no es— una Constitución, *vid.* F. Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, 1989, pp. 78 ss; E. Corwin, “The Constitution as Instrument and as Symbol”, *Political Science and Politics*, vol. 30, n.º. 6, 2006, pp. 1071–1085.

⁶¹ Para el momento en el cual se imprimen estas páginas, la Unión está conformada por 27 Estados; a saber, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia,

Esta idea –la de impeler el uso de mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos– no sucumbe con la falta de ratificación del proyecto antes mencionado; antes bien, resucita con el recién puesto en vigor Tratado de Lisboa, instrumento que, para algunos, es calco de la Constitución Europea, aunque con un formato distinto⁶².

El Capítulo 3, art. 65.2.g del Tratado de Lisboa señala, entre otras cosas que:

[...] el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

...*Omissis*...

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

Esto quiere decir que el Parlamento Europeo conjuntamente con el Consejo de Ministros, en ejercicio de la función legislativa; y a través de un instrumento jurídico comunitario⁶³, deberán adoptar las providencias que sean necesarias para garantizar que los ciudadanos de la Unión Europea cuenten con un sistema de resolución de conflictos distinto al que, tradicionalmente, era ofrecido por parte de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, es evidente pues que, una vez que se haya legislado al respecto, cada uno de los Estados Miembros deberá implementar un sistema en el cual el “proceso” no será más que uno de los mecanismos a los que se puede optar al momento de resolver un conflicto.

Asimismo, y con arreglo a lo que dispone el Capítulo 3, art. 65.2º.a, en concordancia con lo que establece el Capítulo I, Disposiciones Generales, art. 61.4º; ambos del tratado *in commento*⁶⁴, todo parece indicar que las resoluciones que hayan sido dictadas a partir de la utilización de esos mecanismos –distintos al proceso– deberán ser

Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia.

⁶² Cf. Valéry Giscard d’Estaing, citado por Jens-Peter Bonde, *From EU Constitution to Lisbon Treaty*, 2008, p. 1, disponible en: http://www.j.dk/images/bondes/From_EU_Constitution_to_Lisbon_Treaty_april_2008.pdf

⁶³ Los instrumentos jurídicos comunitarios no son más que herramientas jurídicas utilizadas por parte de las instituciones comunitarias “para la realización de su misión en el marco del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y dentro del respeto del principio de subsidiariedad”, en Europa: Glosario ‘instrumentos jurídicos comunitarios’, disponible en: http://europa.eu/scadplus/glossary/community_legal_instruments_es.htm (consultado el 6 de marzo, 2010).

⁶⁴ El art. 65.2º.a establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución”.

reconocidas entre los Estados Miembros y, eventualmente, ejecutadas en cualquiera de ellos; cuestión que, posiblemente, podría concretarse mediante la creación de un régimen de garantías similares a las contenidas en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) o el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, pero, en este caso, circunscrita a esas resoluciones “extrajudiciales” que hayan sido dictadas dentro de los Estados Miembros de la Unión.

1. Traslación de la idea: de la constitución al Tratado

Anteriormente se dijo que, en la Unión Europea, la idea de promover el desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos –a gran escala– tuvo su origen en el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa⁶⁵. Es precisamente a partir del rechazo de dicho tratado cuando los Estados Miembros ‘comenzaron a trabajar en el Tratado de Lisboa’⁶⁶, un instrumento modificativo de los tratados constitutivos en el cual se concreta, una vez más, la disposición unitaria de llevar adelante lo que tiene que ver con la implementación de un sistema de resolución de conflictos que sea capaz de ofrecer todo un conjunto de mecanismos distintos al proceso.

Repárese que el Tratado de Lisboa no hizo más que reproducir con exactitud el precepto que, originalmente, formó parte de aquello que la Comisión calificó como la Constitución Europea⁶⁷; y puede decirse que, en la práctica, esa flamante idea de promover el desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos “a nivel constitucional” fue, simplemente, trasladada de una “Constitución” a un Tratado Comunitario sin perder su carácter “constitucional”.

⁶⁵ Aunque hay que reconocer que el tema de la “promoción” de dichos medios ya había sido considerado como una “prioridad política” en el *Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil* (2002), en Comisión de las Comunidades Europeas ‘Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil’ (2002), p. 5.

⁶⁶ Parlamento Europeo ‘Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (no ratificado)’ disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/parliament/archive/staticDisplay.do?id=77&pageRank=3&language=ES> (consultado el 6 de Marzo, 2010).

⁶⁷ Comisión Europea: Dirección General “Constitución Europea: Aunando los Tratados de la EU” disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/key_issues/constitution/constitution_1004_es.pdf (consultado el 6 de marzo, 2010).

En efecto, esto de la constitucionalidad del desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos en los países de la Unión continúa siendo un asunto incuestionable; en primer lugar, porque el *Tratado de Lisboa* no hizo más que seguir ‘las discusiones mantenidas para la elaboración de una Constitución’⁶⁸ y; en segundo lugar, porque los Tratados Comunitarios; especialmente, aquellos modificativos de los Tratados “Constitutivos”, no solamente tienen carácter “constitucional”, sino que además “ocupan la posición suprema” dentro del ordenamiento jurídico comunitario de suerte que sus disposiciones puedan ser luego consideradas como de cualidad “constitucional” y, por ende, propias de un instrumento que, en virtud del principio de la primacía, prevalece ante las Constituciones de los Estados Miembros⁶⁹.

2. *El proceso y sus alternativas: la noción de coexistencia*

Es importante resaltar que la idea de utilizar mecanismos distintos al proceso –al momento de resolver conflictos– no supone, en modo alguno, la supresión de aquél, sino, antes bien, la coexistencia de todos ellos. Es decir, nadie discute que el proceso, como medio de resolución de conflictos, por lo general, es complejo, lento y; por muchas otras razones, censurable, pero todos coinciden en que la solución no

⁶⁸ Europa: La EU en breve ‘Tratado de Lisboa’ disponible en: http://europa.eu/abc/treaties/index_es.htm (consultado el 6 de Marzo, 2010).

⁶⁹ Cf. J. Sánchez, ‘Relación entre El Derecho de la Unión European y el Derecho de los Estados Miembros: Apuntes para una Aproximación al Principio de Primacía a la luz de la Constitución Europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004)’ (julio–diciembre, 2004) *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 2, pp. 127–147; G.C. Rodríguez Iglesias, citado por C. Cancela, *El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea: De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, 2001, pp. 258–259; F. Rubio *et al.*, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, pp. XXVI–XXVII. A propósito de la relación entre Constitución y Tratados de integración véase P. Pérez, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pp. 66–75. Para entender mejor el tema de la primacía del Derecho comunitario vid. A. Albi, “Introduction: The European Constitution and National Constitutions in the Context of “Post-national Constitutionalism”, en A. Albi *et al.*, (ed.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, The Netherlands, 2007, p. 13; M. Claes, “The European Constitution and the Role of National Courts”, en A. Albi *et al.* (ed.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, The Netherlands, 2007, pp. 242–244; A. Stone *et al.*, “Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community”, *The American Political Science Review*, vol. 92, n° 1, 1998, pp. 65–66.

es desecharle, sino simplemente reformarle y, al mismo tiempo, garantizar que existan otras alternativas distintas a él⁷⁰.

Esto que ha sido denominado como la noción de coexistencia del proceso y sus alternativas también ha sido explicado, de la manera siguiente: “No se trata de opciones contradictorias, antagónicas o enfrentadas, sino muy al contrario, estamos en presencia de distintas vías, cada cual con unas ventajas y unos inconvenientes, pero que pueden perfectamente complementarse y actuar coordinadamente en aras del fin que les es común; la resolución de conflictos entre las partes”⁷¹.

Desde esta última perspectiva, el proceso y sus alternativas no son más que herramientas complementarias. En otras palabras, el proceso es meramente una forma más: la jurisdiccional, y no la única forma de resolver conflictos, aunque hay que reconocer que el proceso ha venido siendo utilizado –en gran medida– como un “mecanismo multiuso”, en tanto que se hace uso de él independientemente de cualquiera que sea la naturaleza de conflicto, sin tomar en consideración si existe o no alguna otra forma más adecuada de resolverlo⁷².

3. Los medios alternativos como vías de acceso a la justicia

Tan temprano como en 1976, concretamente, en el discurso presentado por Warren Burger, a propósito de la celebración de la Conferencia Nacional en la cual se discutía el tema de las Causas del Popular Descontento con la Administración de Justicia en Minnesota, Estados Unidos, se planteó que; para algunos, la idea de utilizar otras alternativas distintas al proceso –al momento de resolver conflictos– podría parecer una forma de limitar el derecho de acceso a la “justicia jurisdiccional”⁷³.

Hoy en día, treinta y cuatro años después de esa conferencia, no sería extraño encontrar una posición similar, cuestión que, al ser mirada de cerca, no es más que una enigmática paradoja, pues, como antes

⁷⁰ Cf. E. Pedraz, *Arbitraje Mediación Conciliación*, Madrid, 1995, p. 30; S. Barona et al., (ed.) *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Madrid, 2007, p. 50.

⁷¹ F. Escribano, *op. cit.*, p. 311.

⁷² Se afirma que al momento de decidir cuál es el mecanismo más adecuado para resolver un determinado conflicto hay que tomar en cuenta varios factores; tales como, cuáles son los resultados de utilizar uno u otro mecanismo, los riesgos, los costos, la posición jurídica y, finalmente, cuál es el tipo de relación que existe entre los sujetos del conflicto y como podría dicha relación verse afectada, en K. Peter, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, vol. II, La Haya, 2006), p. 45.

⁷³ Cf. ABA, “The Direction of the Administration of Justice” *American Bar Association Journal*, vol. 62, 1976, p. 727.

se dijo, esto de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos surge, entre otras cosas, como una reacción en contra de las deficiencias del funcionamiento –efectivo– del sistema de administración de justicia jurisdiccional⁷⁴.

En este orden de ideas, puede afirmarse luego que la noción de acceso a la “justicia jurisdiccional”, al ser vista como “Derecho constitucional”, no debe ser entendida como una mera cuestión relacionada con el mero “archivo” de los documentos presentados por parte de quienes impetran justicia, sino más bien como un auténtico derecho a acudir por ante los órganos jurisdiccionales para que sean éstos los que terminen –efectivamente– por “hacer justicia”⁷⁵.

De manera que la idea de utilizar otras alternativas distintas al proceso; en particular, medios alternativos de resolución de conflictos, debe ser considerada, sin lugar a dudas, como una forma de garantizar el acceso a la “justicia no jurisdiccional”, una justicia que, en muchos casos, es incluso mucho más comprensiva y mucho más real que esa “justicia jurisdiccional” que se obtiene a partir de normas jurídicas que, no pocas veces, pueden ser calificadas como “injustas”.

4. ADR como derecho subjetivo de carácter constitucional

Anteriormente se dijo que los Tratados Constitutivos de la Unión tienen “carácter constitucional”⁷⁶. Esto quiere decir que dichos Tratados ‘actúan como una especie de “constitución” de la Unión’⁷⁷, de modo que el rango de sus disposiciones es, en cierta medida, equiparable al de las normas que forman parte de una constitución.

Ahora, el Tratado de Lisboa es concluyente al señalar que el Parlamento Europeo conjuntamente con el Consejo de Ministros “adoptarán” las medidas que sean necesarias para “garantizar” el desarrollo

⁷⁴ Nótese que ya en 1978, se había identificado la existencia de un movimiento mundial destinado a obtener un mejor “acceso a la justicia” a través de la utilización de mecanismos alternativos de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional, en M. Cappelletti *et al.*, *Access to Justice*, Milán, 1978, vol. I, Book I, pp. 57–67.

⁷⁵ Esto reafirma que, en general, la noción de *acceso a la justicia* se halla inexorablemente relacionada con la noción del *derecho a la tutela judicial efectiva*, y quizá sea por ello por lo que en la traducción (inglés–español) del Capítulo 1, art. 61.4 y del Capítulo 3, art. 65.2.e; ambos del Tratado Lisboa, se tradujo la frase *access to justice* (*acceso a la justicia*) como *tutela judicial efectiva* o *tutela judicial*.

⁷⁶ Esto de la expresión “carácter constitucional” es una cuestión abstrusa. Los Tratados Comunitarios pueden ser constitucionales o inconstitucionales y se cree que la frase “carácter constitucional” pareciera poner en duda la constitucionalidad de los mismos.

⁷⁷ P. Pérez *et al.*, *Derecho constitucional: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, vol. I, Valencia, 2007, p. 126.

de métodos alternativos de resolución de conflictos en los Estados Miembros. En principio, ello supone que la existencia de un verdadero “derecho” a resolver conflictos, a través de mecanismos no jurisdiccionales, se encuentra supeditada a un tratamiento legislativo comunitario posterior⁷⁸, aunque ello no es óbice para que los Estados Miembros tomen medidas tendientes a garantizar su desarrollo sin aguardar a que se adopten tales medidas.

Al parecer, la idea de incorporar medios alternativos de resolución de conflictos dentro de cada uno de los países de la Unión Europea va más allá de la simple implementación de una política comunitaria –de carácter constitucional– destinada a ofrecer otras opciones al momento de resolver conflictos.

Esto quiere decir que la iniciativa de “garantizar” el desarrollo de dichos mecanismos debe ser puesta en práctica por los Estados Miembros de tal manera que los ciudadanos tengan a su disposición un sistema de administración de “justicia” que les “garantice” –en paridad de condiciones– la continuidad de un derecho a la resolución de conflictos por vía jurisdiccional “derecho a la jurisdicción” y, al mismo tiempo, la concreción de un nuevo “derecho a la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos”⁷⁹.

5. *Repensando acerca de las funciones del “poder judicial”*

Afirmar que una de las funciones del Estado es resolver conflictos es, indudablemente, una verdad de Perogrullo. No obstante, sería un magno error admitir que el Estado se halla compelido a resolver conflictos –únicamente– a través del ejercicio de la función jurisdiccional. El Estado puede, perfectamente, implementar un sistema de resolución de conflictos en el cual se combine el ejercicio de la función jurisdiccional con el ejercicio de funciones no jurisdiccionales, funciones que no son, en modo alguno, excluyentes y que, indisputablemente, pueden ser ejercidas por parte del “Poder Judicial”. Esto de-

⁷⁸ Cf. J. García et al., *Derecho constitucional: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, vol. I, Valencia, 2007, p. 466.

⁷⁹ Aquí es necesario hacer una distinción entre lo que sería el “derecho a las alternativas no jurisdiccionales” y el “derecho a las alternativas judiciales no jurisdiccionales”. El primero de ellos, se refiere al derecho a la utilización de mecanismos distintos al proceso y, evidentemente, proveídos por órganos que no están dotados de potestad jurisdiccional; mientras que, el segundo, está relacionado con la utilización de mecanismos de resolución de conflictos distintos al proceso, pero que son suministrados por parte de los órganos jurisdiccionales en ejercicio de funciones no jurisdiccionales. A propósito de lo que tiene que ver con las nociones de administración de justicia a través del ejercicio de funciones no jurisdiccionales *vid.* J. Sánchez, *Las funciones no jurisdiccionales...*, *op. cit.*, pp. 65–99.

manda la creación de una nueva estructura dentro del sistema de administración de justicia, algo que ya había sido sugerido por Frank Sander en 1976, y que consiste en la sustitución de la figura de un “órgano jurisdiccional” por la de un innovador “centro de resolución de conflictos” en el cual todo aquel que se presente como agraviado será informado con respecto a cuáles son los pasos a seguir para resolver un determinado conflicto. El centro de resolución de conflictos, estaría encargado, entre otras cosas, de realizar un breve diagnóstico de carácter conflictual que, finalmente, terminará por prescribir cuál es la forma más apropiada, más expedita y la menos onerosa de resolver el conflicto⁸⁰.

Esto de la creación de un “centro de resolución de conflictos” es lo que, más adelante, recibió el nombre de *multi-door courthouse* (MDC), expresión que podría ser traducida como *Palacio de Justicia de puertas múltiples*, una institución que tendría por objeto garantizar el acceso a la “justicia jurisdiccional” y el acceso a la “justicia no jurisdiccional”, cuestión que, lógicamente, tendría lugar a través del desempeño de funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales y en la que se vería tutelado tanto el “derecho a la jurisdicción” como el “derecho a la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos”. De esta manera, el proceso quedaría solo reservado para resolver esos casos que inexorablemente deben ser “resueltos” a través de una decisión judicial⁸¹.

IV. Conclusión

La existencia de una norma comunitaria que forma parte de un “Tratado Constitucional” en el cual se promueve el desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos no es más que una muestra flagrante de su aceptación. La incorporación de tales medios, dentro del sistema de administración de justicia, terminará por concretizar que, en el espacio de la Unión, la noción de “acceso a la justicia” ha sido expandida para garantizar, en igualdad de circunstancias, el ejercicio del derecho de acceso a la “justicia jurisdiccional” mediante la utilización del proceso y, también, el ejercicio del derecho de acceso

⁸⁰ Cf. F. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, 1976, pp. 111–134.

⁸¹ Cf. F. Sander, “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, en M. Freeman (ed.), *Alternative Dispute Resolution* (Dartmouth, 1995), p. 108.

a la “justicia no jurisdiccional” a través de medios alternativos de resolución de conflictos⁸².

Quienes aún muestran un cierto grado de reluctancia con respecto a los potenciales beneficios de utilizar las herramientas no jurisdiccionales no hacen más que desconocer que ‘el derecho ha adquirido una nueva dimensión, y [que] las normas elaboradas en otro tiempo en vista de reglar los conflictos individuales han resultado insuficientes para asegurar plena eficacia’⁸³. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que los medios alternativos de resolución de conflictos no deben ser vistos como una panacea, sino, simplemente, como otra forma de resolver conflictos, o quizá, como un complemento necesario que responde a las necesidades existentes dentro de una sociedad más compleja y, sin duda, distinta a la del siglo XVIII, momento en el cual se propuso la idea de instaurar un Poder Judicial que, finalmente, culminó por “monopolizar” lo relacionado con la tarea de resolver conflictos mediante la actuación de lo que Montesquieu denominó como el *poder de juzgar* (*puissance de juger*)⁸⁴.

De esta manera, puede afirmarse entonces que, en la Unión Europea, específicamente, a partir de la “constitucionalización” de la idea de utilizar medios alternativos de resolución de conflictos, se proyecta la implementación de un nuevo sistema que, acompañado de algunas otras medidas, terminará por garantizar un verdadero acceso a la justicia, un valor esencial de naturaleza constitucional que, de ahora en adelante, deberá ser tutelado por parte de los Estados Miembros a través del uso de mecanismos “jurisdiccionales” y “no jurisdiccionales”.

RESUMEN: *Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización*

La incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos en la UE, dentro del sistema de administración de justicia, terminará por concretizar que, en el espacio de la Unión, la noción de “acceso a la justicia” ha sido expandida para garantizar, en igualdad de circunstancias, el ejercicio del derecho de acceso a la “justicia jurisdiccional” mediante la utilización del proceso y, también, el ejercicio del derecho de acceso a la “justicia no jurisdiccional” a través de medios alternativos de resolución de conflictos. El presente estudio adopta como punto de partida la “constitucionali-

⁸² Aunque hay que reconocer que el desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos no es más que una respuesta parcial a la pregunta relacionada con el cómo mejorar el acceso a la justicia. Cf. E. Storskrubb *et al.*, “Access to Justice in European Comparative Law”, en F. Francioni (ed.), *Access to Justice as a Human Right* (Oxford, 2007), p. 203.

⁸³ R. Berizonce, *Efectivo Acceso a la Justicia*, La Plata, 1987, p. 7.

⁸⁴ Cf. M.J.C Vile, *op. cit.*, p. 96.

zación” de los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y, finalmente, determinar cuáles los posibles efectos consecuenciales de esta nueva política adoptada por la UE. En la primera parte, se hace una exposición resumida de lo que significa la noción de medios alternativos de resolución de conflictos y su posterior recibimiento dentro la UE. En la segunda parte, se examina el fenómeno de la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflictos y se discurre acerca de los potenciales efectos que trae consigo la existencia de una norma en la cual se garantiza su incorporación como parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS – UNIÓN EUROPEA – CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS “ALTERNATIVOS” – CARÁCTER CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT: Alternative Means of Dispute Resolution (ADR) in the European Union and the Phenomenology of its Constitutionalisation

Incorporating alternative dispute resolution (ADR) in the European Union (EU), within the justice system, will eventually materialize that in the Union area the notion of "access to justice" has been expanded to ensure the right of access to "justice court" in equal circumstances by using the process, and also the right of access to "non-judicial justice" through ADR. This study takes as its starting point the "constitutionalization" of ADR in the EU so as to determine the consequential effects of this new policy adopted by the EU. In the first part a summary of the concept of ADR and its subsequent reception in the EU is done. The second part examines the phenomenon of the constitutionalisation of ADR and analyses the potential effects that entails the existence of a rule which ensures its incorporation as part of the Treaty on the Functioning of the European Union.

KEY WORDS: ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION – EUROPEAN UNION – CONSTITUTIONALIZATION OF ADR – CONSTITUTIONAL CHARACTER