

<http://idp.uoc.edu>

ARTICLE

# La confidencialitat en el procediment de mediació

 Isabel Viola Demestre
 

---

 Data de presentació: juliol de 2010  
 Data d'acceptació: setembre de 2010  
 Data de publicació: desembre de 2010

## Resum

La confidencialitat, com a principi essencial del procediment de mediació, té una incidència particular en l'entorn electrònic. Aquest treball indaga en el seu significat, el seu àmbit subjectiu i objectiu, així com en els seus límits, tenint present la normativa autonòmica existent i la Directiva 2008/52, relativa a certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils i altres documents concordants.

## Paraules clau

confidencialitat, principis, mediació, testimoni, pèrit, confiança, mediador, parts, documentació, interès del menor

## Tema

Dret civil

## *Confidentiality in the mediation procedure*

## Abstract

*Confidentiality, as an essential principle of the mediation process, is particularly involved in the online environment. This article investigates its significance, subjective and objective scope and its limits, taking into account existing autonomic regulations and the 2008/52 Directive, relating to specific aspects of mediation in civil and mercantile matters and related documents.*

## Keywords

*confidentiality, principles, mediation, witness, expert, trust, mediator, parties, documentation, interests of minors*

## Topic

*Civil law*

## Introducció

La confidencialitat és un dels principis<sup>1</sup> fonamentals<sup>2</sup> en el procediment de mediació ja que propicia la confiança mútua de les parts, contribueix a garantir la franquesa entre aquestes parts així com la sinceritat de les comunicacions durant el procediment.<sup>3</sup> La finalitat no és altra que generar la confiança necessària per a afavorir que les parts expressin els seus interessos i necessitats i, d'aquesta manera, que busquin, elles mateixes, la solució més raonada, més ben ajustada i convenient a les circumstàncies que es presentin,<sup>4</sup> sense por que les seves paraules, documents o informacions siguin utilitzats en contra seva, en un altre

medi de resolució de controvèrsies, en general, un judici posterior.<sup>5</sup>

La inexistència de la confiança en el procediment de mediació, com a possible espai, únicament, d'obtenció d'informació per a utilitzar-la en un procediment judicial o arbitral posterior, impedeix que les parts s'expressin lliurement i, per tant, que intentin voluntàriament assolir per si mateixes un acord sobre la resolució del seu litigi amb l'ajuda d'un mediador.

La necessària confiança de les parts en el procediment de mediació s'assenta, doncs, sobre el fonament de la confidencialitat,<sup>6</sup> reconegut gairebé unànimement per

1. La Recomanació del Consell d'Europa (98)1 del Comitè de Ministres, de 21 de gener de 1998, sobre mediació familiar, inclou la confidencialitat en l'apartat relatiu al procés de mediació, en el qual es tracten, fonamentalment, els principis d'aquest procés. Per la seva part, el Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil, COM(2002) 196 final, en l'apartat 2.1.2, intitulat «ADR convencionals», punt 33, va posar en relleu que les autoritats públiques constataren alguns principis comuns a tots els procediments, entre els quals s'assenyala que «el tercer ha de respectar el principi de confidencialitat». De la mateixa manera, el Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil, COM(2002) 196 final (DOUE, 8.4.2003), apartats 0.4, 1.11 i 3.4.2, considera la confidencialitat com a principi, com a garanties mínimes del procediment. En aquesta línia, un elevat nombre de les lleis autonòmiques de mediació familiar qualifiquen la confidencialitat com un principi. Així, per exemple, l'article 8 de la Llei de mediació familiar (d'ara endavant, LMF) de Galícia, l'article 15 de la LMF de València, l'article 8 de la LMF de Castella - la Manxa, l'article 4.4 de la LMF de Castella-Lleó, l'article 2.e de la LMF de les Illes Balears, l'article 4.b de la LMF de Madrid, l'article 8.b del País Basc i el preàmbul, ii, de la LMF d'Andalusia. La llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat de Catalunya, es refereix a la confidencialitat, com un dels principis bàsics del sistema, en el preàmbul, ratificat en el capítol II, en què defineixen i regulen els principis esmentats (la confidencialitat ho és en l'article 7).
2. «Atesa la importància de la confidencialitat en el procediment de mediació, és necessari que aquesta Directiva contingui disposicions que estipulin un grau mínim de compatibilitat de les normes processals civils referents a la manera en què es protegeix la confidencialitat de la mediació en tot procés judicial o d'arbitratge ulterior, ja sigui de caràcter civil o mercantil». Això diu el fonament de dret (23) de la Directiva 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2008, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils (DOUE, 24.5.2008, L 136/3).
3. El Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil, COM(2002) 196 final, en l'apartat 3.2.2.1, intitulat pròpiament «Confidencialitat», posa en relleu que en la majoria dels casos les parts que recorren als ADR consideren essencial que la informació intercanviada en el procediment, oralment o per escrit, i fins i tot de vegades els resultats del procediment, siguin confidencials. «La confidencialitat sembla que és condició *sine qua non* per al bon funcionament dels ADR».
4. Així ho posa de manifest Ortuño Muñoz en el seu article «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación», apartat VI, lletra d, que es pot consultar en el moment de tancar aquest treball, setembre del 2009, a [http://cgae.iurisline.net/jmf/recursos/pdf/4\\_foro\\_jornadas\\_2.pdf](http://cgae.iurisline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf).
5. Com assenyala encertadament Ortuño Muñoz, «ninguna parte expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en su contra». Vegeu-ne un altre cop l'article «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación», apartat VI, lletra d, esmentat.
6. De fet, *confidencialitat* i *confiança* comparteixen un mateix origen etimològic, com així es desprèn de la consulta del *Diccionari etimològic i complementari de la llengua catalana*, de Joan Coromines, amb la col·laboració de Josep Gulsoy i Max Cahner i l'auxili tècnic de Carles Duarte i Àngel Satué, volum III, corresponent a les lletres D-FI (Barcelona: Curial Edicions Catalanes / Caixa de Pensions «la Caixa», 1982). Així, les paraules *confiança*, *confiant*, *confiar*, *confiat*, *confiança*, *confidència*, *confidencial*, *confident* remetent al vocable *fiar*, segons s'observa en la pàgina 875 del diccionari esmentat. La paraula *fiar* (en la pàgina 1007 del diccionari esmentat), al seu torn, ens remet al vocable *fe*, el comentari del qual s'inicia de la manera següent: «FE, del ll. FIDES "fe, confiança"» (pàgina 918). La referència a *confidència* i *confidencial* és a la pàgina 920, línia 20, que, per l'interès que té, reproduïm textualment: «Duplicats savis: *confidència* i *confident* [Lacav.], dels ll. *confidens*, *-tis*, *confidentia*, del part. actiu del ll. *confidere* "tenir confiança"; *confidencial*». En aquesta mateixa línia, vegeu el *Diccionari català-valencià-balear* (pàg. 388), iniciat per Mn. Antoni M. Alcover, tom III, redactat per Francesc de B. Moll, amb la col·laboració de Manuel Sanchís Guarnier (Palma de Mallorca: Ed. Moll, 1954). L'adjectiu *confidencial* es defineix com a propi de la *confidència*, això és, «acte i efecte de confiar o fer saber qualcú una cosa que no ha de divulgar. [...] Etim.: del llatí *confidentia*».

la doctrina.<sup>7</sup> Tanmateix, la definició de confidencialitat així com l'abast que té són dispersos en les diferents lleis autonòmiques sobre mediació com a procediment de resolució de controvèrsies, majoritàriament, familiars, encara que ja no únicament.<sup>8</sup>

Per això, aquest treball<sup>9</sup> té com a objectiu oferir un estudi sobre el concepte de confidencialitat, l'àmbit objectiu i subjectiu que té, així com les excepcions a aquest principi que ofereix la legislació autonòmica sobre aquesta matèria, prenent en consideració, a més, la Directiva 2008/52/CE i altres normes rellevants sobre mediació, així com la relació que tenen amb el secret professional, aspectes rellevants que s'han de tenir en compte, igualment, en l'entorn electrònic.

## 1. Concepte de *confidencialitat*<sup>10</sup>

La confidencialitat es pot definir en dos sentits, un de positiu i un de negatiu: en un sentit positiu, la confidencialitat consisteix a mantenir reserva sobre els fets coneguts en les sessions de mediació familiar<sup>11</sup> o sobre el desenvolupament del procediment negociador<sup>12</sup> o també pot consistir a mantenir en secret<sup>13</sup> la informació que es tracti en mediació;<sup>14</sup> en un sentit negatiu, la confidencialitat consisteix a no divulgar<sup>15</sup> o no revelar<sup>16</sup> o utilitzar cap dada, fet, document que es conegui relatiu a l'objecte de la mediació, ni després de la mediació, tant si hi ha acord com si no.<sup>17</sup> Des d'un punt de vista jurídic, aquest sentit negatiu de la confidencialitat es concreta en una obligació de no fer (no revelar) per part del subjecte que hi està obligat.

7. Per la seva banda, el fonament de la confidencialitat pot considerar-se que rau en el dret a la intimitat personal i familiar, objecte principal de la mediació familiar. Així es desprèn del secret professional, tal com el concep la doctrina. En aquest sentit, vegeu, per exemple, l'obra següent: M. Aránzazu MORETÓN TOQUERO (2006). «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». A: Nuria BELLOSO MARTÍN (coord.). *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León* (pàg. 213). Castellà-Lleó: Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León. (Manifesto el meu agraïment a la coordinadora de l'obra, la Dra. Nuria Beloso Martín, professora titular de Filosofia del Dret de la Universitat de Burgos, per l'amabilitat a facilitar-me un exemplar d'aquesta obra.) També el Tribunal Constitucional s'ha pronunciat sobre això. Destaquem la interlocutòria del Tribunal Constitucional 600/1989, d'11 de desembre, que estableix que «el secret professional, quan justifica, per raó de la seva activitat, la sostracció del coneixement aliè de dades o informacions obtingudes que concerneixen la vida privada de les persones, està estretament relacionada amb el dret a la intimitat que l'art. 18.1 de la Constitució garanteix, en la doble dimensió personal i familiar, com a objecte d'un dret fonamental. En tals casos, el compliment del secret professional pot ser garantia de privacitat, i el respecte a la intimitat, una justificació reforçada per a l'oposabilitat del secret, de manera que es protegeixi amb aquest no només el seu àmbit de reserva i sigil en l'exercici d'una activitat professional que, per la seva naturalesa o projecció social, s'estimi mereixedora de tutela, sinó que es reservi, també davant intromissions alienes, l'esfera de la persona que l'article 18.1 de la Constitució garanteix». També es considera el fonament del dret de defensa. «Existeix una relació entre el secret i la confiança però hi ha valors de superior categoria que l'emparen, singularment, la intimitat, el dret de defensa i la funció social de l'advocacia» (Nielson SÁNCHEZ-STEWART [2008]. *La profesión de abogado. Deontología, valores y colegio de abogados* [pàg. 713]. Barcelona: Difusión Jurídica). Tot allò que pertany a l'àmbit de la intimitat té caràcter confidencial. La confidencialitat es predica de la informació, sigui quina sigui. I el que el dret a la confidencialitat protegeix és l'ús d'aquesta informació íntima per qualsevol persona, diferent de la persona a qui pertany aquesta informació o no autoritzada per aquesta persona (Josep M. BERTRÁN; Eliseo COLLAZO; Juan GERVÁS; Pedro GONZÁLEZ SALINAS; Diego GRACIA; Javier JÚDEZ; Juan José RODRÍGUEZ SENDÍN; Jesús RUBÍ; Miguel SÁNCHEZ [2005]. *Intimidad, confidencialidad y secreto. Guías de ética en la práctica médica* [pàg. 5]. Majadahonda: Ergon).
8. La Llei 15/2009 de Catalunya amplia la tipologia dels conflictes sobre els quals pot incidir la mediació, del familiar al del dret privat, segons diu el seu títol.
9. Aquest treball s'emmarca dins de les tasques d'investigació que du a terme l'autora com a integrant del grup jurídic (ET13) d'elaboració del Llibre blanc de la mediació a Catalunya. Manifesto el meu agraïment a M. Elena Lauroba, Immaculada Barral, José Alberto Marín, Consol Martí, Josep M. Tamarit i Antoni Vidal, membres del grup jurídic esmentat, pels comentaris sobre aquest estudi, que he tingut ocasió de comentar en les diferents reunions mantingudes en ocasió del Llibre blanc (<http://idt.uab.cat/lilibreblanc/>), agraïment que faig extensiu a la Dra. Aura Esther Vilalta, encarregada de l'estudi del dret comparat en mediació.
10. La confidencialitat es defineix com la qualitat de confidencial, adjectiu que prové de *confidència*, això és, «[q]ue se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [2001]. *Diccionario de la lengua española* [22a. ed., tom I, pàg. 620]).
11. Article 8.3 de la LMF de Castella - la Manxa i article 2.e de la LMF de les Illes Balears.
12. Article 11.1 de Galícia.
13. Així ho estableix l'article 13.1 de la LMF catalana de 2001, derogada per la Llei de mediació en l'àmbit del dret privat, en l'article 7.1 del qual defineix la confidencialitat en un sentit negatiu, això és, com l'obligació de no revelar les informacions que sàpiguen com a conseqüència de la mediació.
14. El Codi de conducta europeu per a mediadors, en l'apartat 4, estableix que el mediador «ha d'observar la confidencialitat sobre qualsevol informació, relativa a la mediació, inclòs el fet que existeixi o hagi tingut lloc [...]».
15. Article 26 de la LMF de Castella - la Manxa.
16. Art. 7.1 de la LMDP de Catalunya. O no podrà revelar (art. 9 de la LMF d'Andalusia).
17. Art. 4.4 de la LMF de les Canàries.

Per tant, i per a reforçar el caràcter confidencial,<sup>18</sup> es fa necessari establir que les parts no puguin sol·licitar que la persona medidora sigui cridada a declarar com a pèrta ni com a testimoni de qualsevol procediment judicial relacionat amb el conflicte objecte de la mediació practicada<sup>19</sup> i, en correspondència, el mediador pot renunciar a intervenir com a testimoni<sup>20</sup> o pèrta a proposta o sol·licitud de qualsevol de les parts en tota mena de procediment o litigi que afecti l'objecte de la mediació.<sup>21</sup>

En termes jurídics, la confidencialitat es concep, també, com un deure,<sup>22</sup> una obligació<sup>23</sup> o un caràcter de la infor-

mació<sup>24</sup> de les sessions de mediació, relacionat estretament amb el secret professional.<sup>25</sup>

En efecte, *confidencialitat* i *secret professional* solen ser conceptes que apareixen interrelacionats, com a mínim així es desprèn de la normativa a què estan subjectes determinats professionals (advocats,<sup>26</sup> metges, periodistes, psicòlegs, entre d'altres). Es tracta de persones que, per raó de la seva professió, són dipositàries dels relats, informacions, documentacions, etc., d'altres persones de manera que, també aquí, la confidencialitat és una garantia de la confiança<sup>27</sup> dipositada en el professional.<sup>28</sup> La

18. Així ho exposa Ortuño Muñoz, *cit.*

19. Art. 7.g de la LMF de Castella-Lleó.

20. Art. 416 i 417 de l'LECrim; article 371 de l'LEC.

21. En un sentit similar ho va suggerir el Llibre verd de 2002, COM(2002) 196 final, en l'apartat 3.2.2.1, núm. 82: «[Q]uan l'ADR no s'hagués vist coronada per l'èxit, el tercer que hi hagués intervingut no hauria de poder ser citat com a testimoni ni intervenir com a àrbitre en el marc del mateix litigi, ja que en el transcurs del procediment pot haver tingut accés a informacions que un àrbitre no sempre pot obtenir». Anteriorment, no obstant això, en el número 40 de l'*Explanatory Memorandum* de la Recomanació (98)1 del Consell d'Europa, sobre mediació familiar, ja es va establir que «[w]ether a mediator has a right to refuse to give evidence in court is left to national law» (vegeu-ho a <http://wcd.coe.int>). Així mateix ho ha recollit la LMDP de Catalunya, en l'article 7.2:

«Les parts en un procés de mediació no poden sol·licitar en judici ni en actes d'instrucció judicial la declaració del mediador o medidora com a pèrta o testimoni d'una de les parts, per tal de no comprometre la seva neutralitat, sens perjudici del que estableix la legislació penal i processal.»

22. Art. 7.4 i 16.1 de la Llei de mediació en l'àmbit del dret privat (d'ara endavant, LMDP) de Catalunya; art. 11 i 21 de la LMF de Galícia; art. 10.13 de la LMF de Castella-Lleó, i art. 29.m de la LMF del País Basc. També ho qualifica de deure, la doctrina, com per exemple: José Francisco SERRANO ROMERO (2009). «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado». *Actualidad Civil* (núm. 4, pàg. 391).

23. Art. 17, paràgraf primer, de València; art. 7.1 de la LMDP de Catalunya.

24. Art. 11 de la LMF de Galícia; art. 19 de la LMF de València, i art. 7.1 de la LMF d'Astúries.

25. Art. 4.4 i art. 10.13 de la LMF de Castella-Lleó i art. 16 de la LMF de les Illes Balears.

26. Vegeu l'article 5.1 del Codi deontològic de l'advocacia espanyola:

«1. La confiança i confidencialitat en les relacions entre client i advocat, innat en el dret d'aquell a la seva intimitat i a no declarar en contra seva, així com en drets fonamentals de tercers, imposa a l'advocat el deure i li confereix el dret de guardar secret respecte de tots els fets o notícies que conegui per raó de qualsevol de les modalitats de la seva actuació professional, sense que pugui ser obligat a declarar-hi com reconeix l'article 437.2 de la vigent Llei orgànica del poder judicial» (<http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1170956112478.pdf>). L'article 39 dels Estatuts del Col·legi d'Advocats de Barcelona («4. El deure de secret i confidencialitat s'estén a les comunicacions i la informació»).

27. Una sentència del Tribunal Suprem de 1998 posa en relleu la relació secret professional - confiança - en termes similars al que es predica de la relació mediador-parts-, de la qual, per l'interès que té, reproduïm un fragment a continuació: «El deure de secret professional [...], fundat en la necessitat de salvaguardar la confiança del client en l'advocat com a única forma de fer possible que aquest disposi de la informació necessària per dur a terme la seva defensa amb l'eficàcia que la Constitució -en l'àmbit del procés- considera nota característica del dret a la tutela judicial [...]. La confidència i la confiança recíproca són característiques essencials i el fonament de les relacions de l'advocat amb els seus clients» (STS 1051/1998, sala contenciosa, 17 de febrer de 1998, ponent Juan Antonio Xiol Ríos, <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> o Aranzadi 1998/1633).

28. Codi de deontologia dels advocats a la Unió Europea adoptat en sessió plenària del CCBE de 28 d'octubre de 1988 i modificat en les sessions plenàries de 28 de novembre de 1998 i de 6 de desembre de 2002: «2.3. Secret professional.

2.3.1. Forma part de l'essència mateixa de la funció de l'advocat que sigui dipositari d'informació que el client no transmetria a altres persones i d'altres informacions basades en la confiança. Sense la garantia de la confidencialitat no pot existir confiança. Per tant, el secret professional és un dret i una obligació fonamental i primordial de l'advocat.

L'obligació de l'advocat relativa al secret professional serveix a l'interès de l'Administració de Justícia, i al del client. Aquesta obligació, per tant, és titular d'una protecció especial de l'Estat.

2.3.2. Un advocat ha de respectar el secret de tota informació de la qual tingui coneixement en el marc de la seva activitat professional.

2.3.3. L'obligació de secret professional no és limitada en el temps.

2.3.4. Un advocat ha de requerir el compliment de la mateixa obligació de secret professional als seus socis, empleats i a qualsevol persona que col·labori amb ell en la seva activitat professional».

distinció entre l'una (confidencialitat) i l'altre (secret professional) és el matís de la condició de professional: la confidencialitat és una qualitat de la informació revelada en confiança a qualsevol persona sotmesa a aquesta confiança mentre que el secret professional és un deure (i, a vegades, també un dret) de persones amb un determinat perfil professional.

En qualsevol cas, i reprenent el tema de la confidencialitat en la mediació, el mediador s'ha d'assegurar abans del començament de la mediació que les parts hagin comprès i hagin acordat expressament les condicions d'inici de la mediació, que inclou en especial les disposicions relatives a l'obligació de confidencialitat, com així suggereix el Codi de conducta europeu per a mediadors, apartat 3.1, paràgraf segon.<sup>29</sup>

Una vegada presentat el concepte, les qüestions que tractarem a continuació són aquelles que es refereixen als subjectes que tenen aquest deure de confidencialitat<sup>30</sup>

(àmbit subjectiu) i la matèria que s'ha de mantenir en secret<sup>31</sup> (àmbit objectiu).

### 1.1. Àmbit subjectiu de la confidencialitat

De l'anàlisi de la normativa se'n desprèn que estan subjectes a la confidencialitat, unànimement, el mediador<sup>32</sup> i, en algunes legislacions, les parts<sup>33</sup> i altres persones<sup>34</sup> intervinents en la mediació, això és, tots els participants en el procediment de mediació.<sup>35</sup> En aquesta última línia es pronuncia la normativa europea: la confidencialitat és un deure del mediador, les parts i tercers.<sup>36</sup> La doctrina també considera que el deure de confidencialitat consisteix en alguna cosa més que la protecció de les parts davant la possible indiscreció del mediador, que pugui arribar a difondre la informació obtinguda en mediació, i que aquesta confidencialitat també afecta les parts, concretament, perquè no

- 
29. «Com que la confidencialitat constitueix un dels principis fonamentals de la mediació, resulta convenient que les parts coneguin i comprenguin les excepcions a l'esmentat principi abans del començament del procediment, de manera que és imprescindible que en la sessió inicial de la mediació s'expliquin així com es recullen al document d'inici del procediment en el qual s'inclou la comprensió dels principis de la mediació, com la confidencialitat i les seves excepcions, que les parts es comprometen a complir i respectar, plasmant-ho mitjançant la firma de l'esmentada acta.» Vegeu-ho al Memoràndum explicatiu del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, en la Recomanació (98)1, de 21 de gener de 1998, sobre mediació familiar, apartat núm. 42. Es pot consultar a <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>
30. Qui està subjecte al deure de confidencialitat? Només el mediador? I les parts? També tenen aquesta obligació? Algun altre subjecte més?
31. Què s'ha de mantenir en secret? Tota la informació? I la documentació? Només allò que és rellevant?
32. Art. 11.1 de la LMF de Galícia; art. 4.4 de la LMF de les Canàries; art. 10.d i 26.2 de la LMF de Castella - la Manxa; art. 10.13 de la LMF de Castella-Lleó; art. 2.e de la LMF de les Illes Balears; art. 4.b de la LMF de Madrid; art. 7.1 de la LMF d'Astúries; art. 13.b de la LMF del País Basc, i art. 9 de la LMF d'Andalusia.
33. Art. 11.1 de la LMF de Galícia; art. 2.e de la LMF de les Illes Balears; art. 4.b de la LMF de Madrid, i art. 7.1 de la LMF d'Astúries.
34. Art. 15 de la LMF de València.
35. Art. 7.1 de la LMDP de Catalunya. Noteu l'abast subjectiu més ampli de la confidencialitat en la Llei del 2009 respecte a la del 2001: l'article 13.1 de la Llei del 2001 establia la confidencialitat per al mediador i les parts, mentre que en la nova aquest principi de confidencialitat és vinculant per a qualsevol persona que intervingui en el procediment de mediació. La Directiva 2008/52/CE, en l'article 7.1, disposa que els estats membres han de garantir, llevat d'acord en contra de les parts, que ni els mediadors ni les persones que participen en l'administració del procediment de mediació no estiguin obligats a declarar en un procés judicial civil o mercantil o en un arbitratge, sobre la informació derivada d'un procediment de mediació o relacionada amb el precepte esmentat. Sobre aquest aspecte subjectiu de la confidencialitat, el Consell, en la seva posició comuna, va rebutjar el suggeriment que els qui intervenen en una mediació tampoc estiguin facultats per a revelar informació sobre el procés de mediació ni que la prohibició de revelar tal informació s'apliqui també a la comunicació d'aquesta informació a tercers. Amb això, el Consell va decidir no imposar als estats membres l'obligació de vetllar perquè els participants en un procés de mediació no tinguin ni tan sols dret a prestar declaració. Vegeu la Posició comuna (CE) núm. 11/2008, aprovada pel Consell el 28 de febrer de 2008 (DOUE, 20.05.2008 - C 122E/8/8, apartat B, «Esmenes 12 a 34, relatives a l'articulat», núm. 19). Tanmateix, el Parlament català va considerar necessari que la confidencialitat sigui una obligació de «[t]otes les persones que intervinguin en un procediment de mediació [...]», com diu l'article 7.1 de la Llei catalana esmentada.
36. Art. 7 de la Directiva 52/2008/CE del Parlament Europeu i el Consell, de 21 de maig de 2008, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils. Vegeu, sobretot, els punts 79, 80 i 81 de l'apartat 3.2.2.1, relatiu a la confidencialitat del Llibre verd (2008), sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil, de 19 d'abril de 2002 (COM[2002] 196 final).



puguin utilitzar en un procés judicial posterior les dades que van ser revelades durant un procediment de mediació.<sup>37</sup>

## 1.2. Àmbit objectiu de la confidencialitat

L'objecte sobre el qual recau la confidencialitat també s'expressa de manera molt diversa en la legislació autonòmica sobre mediació: així, es diu que és confidencial la informació<sup>38</sup> que es tracti, que coneguin com a conseqüència de la mediació,<sup>39</sup> l'obtinguda verbalment o documentalment en el transcurs del procés de mediació, inclòs el resultat<sup>40</sup> o els fets que hagin conegut en les sessions de mediació familiar<sup>41</sup> així com les entrevistes i les dades i documents produïts en el procediment de mediació.<sup>42</sup> Des d'un punt de vista material o documental, s'entén que la confidencialitat fa referència al caràcter reservat de les actes,<sup>43</sup> o de només una de les actes (l'acta de la sessió final)<sup>44</sup> o, també, l'expedient i els documents relatius al procediment incorporats amb aquests documents.<sup>45</sup>

En particular, es declara igualment confidencial la conversa individual (*caucus*) mantinguda pel mediador amb qualsevol de les parts sobre les matèries que són objecte de mediació, que no ha de ser comunicada a l'altra part, excepte si ha estat autoritzat expressament per la persona que ha proporcionat la informació.<sup>46</sup> Aquesta afirmació enllaça amb l'aspecte següent que hem de tractar: les excepcions (o límits) al principi de confidencialitat.

## 2. Excepcions al principi de confidencialitat

La confidencialitat no és un principi absolut,<sup>47</sup> ja que en determinats casos la informació que es coneix pot ser revelada. L'extensió i els límits de la confidencialitat es regulen per la llei, els reglaments institucionals o de les relacions professionals de què es tracti.<sup>48</sup>

Són excepcions o límits, i per tant no estan subjectes a confidencialitat, els casos següents. En primer lloc, quan hi ha

37. El llibre verd esmentat considera, precisament, que «l'obligació de confidencialitat incumbeix a les parts en primer lloc. La informació intercanviada entre les parts durant el procediment no s'hauria d'admetre com a prova en un procediment judicial o arbitral posterior» (Llibre verd, COM[2002] 196 final, apartat 3.2.2.1, «Confidencialitat», núm. 79). Això mateix sembla que es desprèn del Codi de conducta europeu per a mediadors, en l'apartat 3.1 del qual, paràgraf segon, s'al·ludeix a l'obligació de confidencialitat dels mediadors i de les parts. En la doctrina, per a tots, vegeu l'obra següent: M. Aránzazu MORETÓN TOQUERO (2006). «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». A: Nuria BELLOSO MARTÍN (coord.). *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León* (pàg. 213).

38. Art. 11.1 de la LMF de Galícia, art. 7.1 de la LMF d'Astúries, i preàmbul de la LMF d'Andalusia, detallat en l'art. 9.

39. Art. 7.1 de la LMDP de Catalunya.

40. Art. 8.b de la LMF del País Basc. El dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el *Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil*, COM(2002) 196 final (DOUE, 08.04.2003), en l'apartat 3.4.2, punt final, relatiu al principi de confidencialitat, considerava que «aquest mateix principi de confidencialitat s'hauria d'aplicar als resultats del procés d'ADR».

41. Art. 8.3 de la LMF de Castella - la Manxa i art. 2.e de la LMF de les Illes Balears.

42. Art. 4.b de la LMF de Madrid.

43. Art. 7.3 de la LMDP de Catalunya (aquest article diu que les actes tenen caràcter reservat).

44. Art. 22. 2 de la LMF del País Basc.

45. Art. 26 de la LMF de Castella - la Manxa.

46. Per exemple, l'article 7.2 de la LMF d'Astúries. Així es va preveure expressament en la Resolució del Parlament europeu en relació amb el Llibre verd de la Comissió sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil (COM[2002] 196 - C5-0284/2002 - 2002/2144 [COS]), en el punt 6 del qual (en què es proposa que el futur llibre verd de seguiment prengui en consideració un model de codi per a tot Europa, en el qual compregui, almenys, unes garanties processals mínimes), apartat d, assenyalava que «s'ha de preveure l'obligació de la confidencialitat en la mesura que els assumptes revelats per la part A al mediador/conciliador s'han de revelar a la part B o a un tercer només si la part A hi dona el consentiment».

47. Així ho indica la Recomanació (98)1 del Consell d'Europa, sobre mediació familiar. En l'*Explanatory Memorandum*, punt núm. 42, s'assenyalava que, a l'inici de la mediació, les parts han de ser informades que la confidencialitat no pot ser absoluta. També ho considera d'aquesta manera, en la doctrina, l'obra següent: José Francisco SERRANO ROMERO (2009). «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado» (pàg. 386).

48. Correspon al legislador l'especificació de les circumstàncies o casos en què la confidencialitat pugui ser renunciada, segons estableix la Recomanació (98)1 del Consell d'Europa, sobre mediació familiar, concretament, en el punt núm. 42 de l'*Explanatory Memorandum* de la recomanació esmentada.

acceptació expressa de les parts,<sup>49</sup> quan les parts estan d'acord que la informació sigui revelada. La confidencialitat s'ha concebut com un privilegi de les parts: si les parts estan d'acord que la informació pugui ser revelada, el mediador pot ser compel·lit a testificar en un procediment.<sup>50</sup>

En segon lloc, a efectes estadístics<sup>51</sup> o també quan la informació obtinguda en el transcurs de la mediació no és personalitzada i s'utilitza per a finalitats de formació<sup>52</sup> o recerca.<sup>53</sup>

En un tercer grup, hi trobem aquells casos en què es revela informació perquè aquesta informació comporta una amenaça per a la vida o la integritat física o psíquica d'una persona,<sup>54</sup> en suma, quan és necessari per raons imperioses d'ordre públic,<sup>55</sup> amb la consegüent obligació de la persona mediadora d'informar les autoritats competents<sup>56</sup> de les dades que puguin revelar l'existència d'una amenaça per a la vida o la integritat física o psíquica

d'una persona o també de fets delictius que es poden perseguir d'ofici.<sup>57</sup>

Un quart cas que exceptua la confidencialitat està relacionat amb l'homologació dels acords adoptats. Si bé el resultat o l'acta de la sessió final pot tenir caràcter confidencial, el pot utilitzar qualsevol de les persones afectades per la mediació en cas de fer valer aquest acord davant dels tribunals o altres institucions i administracions<sup>58</sup> o, en aquesta mateixa línia, quan les parts acorden l'execució, ratificació o homologació del resultat de la mediació.<sup>59</sup>

Una altra excepció a aquest principi la trobem en la Llei 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat de Catalunya (article 7.4, apartat c), quan la informació s'obté en l'àmbit comunitari, si s'utilitza el procediment del diàleg públic, com a forma d'intervenció mediadora oberta a la participació ciutadana.<sup>60</sup>

49. El Llibre verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil, COM(2002)196 final, en l'apartat 3.2.2.1, núm. 82, preveu aquesta excepció del consens de les parts. En les lleis autonòmiques, aquesta excepció es preveu, per exemple, en els articles 8.3 i 26.2.a de la LMF de Castella - la Manxa.
50. «Se sol esperar que les parts estiguin d'acord que les discussions i negociacions no siguin comunicades en qualsevol procediment legal posterior. L'esmentada confidencialitat es refereix, normalment, a un "privilegi". El privilegi pertany a les parts conjuntament, no al mediador o al procés. Les parts poden renunciar-hi i el mediador pot ser compel·lit a testificar en procediments legals. És probable que els mediadors estiguin subjectes per codis professionals de conducta en relació amb la confidencialitat però són les parts les que tenen aquest privilegi» (Memoràndum explicatiu del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, en la Recomanació (98)1, de 21 de gener de 1998, sobre mediació familiar, apartat núm. 41). Es pot consultar a <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>
51. Així, l'article 11.2.c de la LMF de Galícia, l'article 16.2.a de la LMF de les Illes Balears i l'article 26.3 de Castella - la Manxa. La Llei 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat, ha suprimit aquesta excepció a la confidencialitat, que abans es recollia en l'article 20.3 de la LMF de Catalunya, de 2001.
52. L'article 16.h de la LMF d'Andalusia preveu com a excepció la possibilitat de referir-se a una mediació quan s'utilitza amb finalitats de recerca i formació, però en aquest cas la Llei requereix el consentiment exprés dels qui hi estan directament afectats, inclosos els nens i les nenes més grans de dotze anys, i havent de ser escoltades les persones més petites d'aquesta edat.
53. Art. 7.4.a de la LMDP de Catalunya; art. 10.13 de la LMF de Castella-Lleó; art. 16.2.a de la LMF de les Illes Balears, i art. 7.3.a de la LMF d'Astúries.
54. Art. 7.4.b de la LMDP de Catalunya i art. 7.3.b de la LMF d'Astúries.
55. Art. 7.1.a de la Directiva 2008/52/CE esmentada. Un altre exemple d'excepció de la confidencialitat en el marc de l'ordre públic que la Directiva inclou en aquest mateix apartat és la protecció de l'interès superior del menor.
56. Aquesta excepció al principi de confidencialitat pot justificar-se en el deure d'impedir delictes, l'omissió del qual està penada en l'article 450 del Codi penal («1. El qui, tot i poder-ho fer amb la seva intervenció immediata i sense risc propi o aliè, no impedeixi la comissió d'un delictes que afecti les persones en la seva vida, integritat o salut, llibertat o llibertat sexual, ha de ser castigat amb la pena de presó de sis mesos a dos anys si el delictes és contra la vida, i la de multa de sis a vint-i-quatre mesos en els altres casos, llevat que al delictes no impedit li correspongui una pena igual o menor, cas en què s'ha d'imposar la pena inferior en grau a la d'aquell. 2. En les mateixes penes incorre qui, tot i poder-ho fer, no acudeixi a l'autoritat o als seus agents perquè impedeixin un delictes dels que preveu l'apartat anterior i de la comissió pròxima o actual del qual tingui notícia.»).
57. Art. 7.5 de la LMDP de Catalunya; art. 10.14 de la LMF de Castella-Lleó; a més, per a les persones afectades per la mediació, vegeu l'article 11.3 de la LMF de Galícia, l'article 16.2.b de la LMF de les Illes Balears i l'article 7.3.b de la LMF d'Astúries.
58. Art. 22.2 de la LMF del País Basc.
59. Art. 8b de la LMF del País Basc. Quan el coneixement del contingut de l'acord resultant de la mediació és necessari per a aplicar o executar l'acord esmentat, la confidencialitat queda exceptuada. En aquest sentit, vegeu l'article 7.1.b de la Directiva 2008/52/CE esmentada.
60. La Llei de mediació en l'àmbit del dret privat de Catalunya preveu, entre molts altres casos, la mediació en processos de participació ciutadana. En aquest marc, la informació revelada no té el caràcter de confidencial ja que precisament aquest procés es du a terme per a implantar millores, per exemple, en un barri o en una determinada zona urbana, de manera que és necessari que la informació pugui ser utilitzada.

Igualment, com un sisè cas, hi pot haver excepció a la confidencialitat, segons algunes lleis autonòmiques de mediació familiar, quan és requerida per un jutge, el ministeri fiscal o per tots dos.<sup>61</sup> En la mediació en l'àmbit penal, en canvi, no hi pot haver cap excepció al principi de confidencialitat. Les manifestacions fetes en un procediment de mediació en aquest àmbit no poden constituir en cap cas material probatori ja que, altrament, pot suposar una vulneració del dret a un procés just i a la presumpció d'innocència, i arribar a considerar-se, en conseqüència, que es tracta d'una prova obtinguda il·lícitament.<sup>62</sup> Com a criteri general, i pel que fa al tractament de les dades personals registrades en suport físic, la persona mediadora només pot contravenir aquest principi en els casos previstos<sup>63</sup> en aquest sentit en la LO 15/1999, de 13 de desembre,<sup>64</sup> de protecció de dades de caràcter personal (LOPD).<sup>65</sup>

Una altra possible excepció al principi de confidencialitat és en cas que el tercer, sotmès per la seva professió al secret professional, es vegi obligat a revelar part de les informacions esmentades en virtut de la legislació aplicable.<sup>66</sup>

La conculcació del principi de confidencialitat per part del mediador és sancionada amb infracció greu o molt greu per les diferents lleis autonòmiques. No es preveu tanmateix una sanció expressa per la vulneració del principi de confidencialitat per les parts (incompliment contractual, extracontractual => responsabilitat civil). La revelació de secrets també és sancionable penalment, en el títol x, relatiu als delictes contra la intimitat, el dret a la pròpia imatge i la inviolabilitat del domicili, en particular, l'article 199 del Codi penal, que conté dos apartats, diferenciats en funció de si el subjecte que revela secrets aliens els coneix per raó del seu ofici o les seves relacions laborals

(apartat 1) o bé és un professional que incompleix la seva obligació de sigil o reserva (apartat 2), amb les diferents penes conseqüents.<sup>67</sup>

És convenient que els avenços tècnics proporcionin a les parts, al mediador i a la societat en general els mitjans necessaris per a garantir aquest principi fonamental en la mediació si pretenem que aquest procediment realment serveixi perquè els individus puguin resoldre, per ells mateixos, amb rapidesa i eficàcia, els seus conflictes en l'entorn electrònic.

## Indicacions conclusives

Per acabar, i a tall de conclusió, volem destacar el següent. La confidencialitat és, al costat de la voluntarietat i la imparcialitat, un dels principis fonamentals del procediment de mediació. Garanteix la confiança de les persones que tenen un conflicte per a tractar de resoldre'l per elles mateixes, exposant la seva versió del conflicte, els interessos i necessitats, afavorint que es generin opcions de solució, que siguin satisfactòries i duradores per a totes aquestes persones sense por que les seves paraules puguin ser utilitzades en contra seva en un altre procediment posterior. I per això es recomana que la legislació inclogui una menció al fet que les parts no poden citar el mediador com a testimoni en un judici posterior.

Es tracta d'un principi, d'un deure, d'una obligació que es pot definir com el de mantenir en secret la informació que es tracti en el procediment de mediació així com el deure de no revelar-la per part d'aquell qui ha estat destinatari d'aquesta informació; dues cares, doncs, d'un mateix principi. Al seu torn, la confidencialitat és un dret de la per-

61. Art. 26.2.b de la LMF de Castella - la Manxa.

62. Agraïxo al professor Josep M. Tamarit, catedràtic de Dret Penal de la Universitat de Lleida, els comentaris sobre la confidencialitat en la mediació penal. Com va puntualitzar encertadament, no es pot dir a l'imputat que reconegui el fet en mediació i després, en el procés judicial, que té dret a no declarar contra si mateix però que, en tot cas, ja sabem que és culpable com a conseqüència de les seves manifestacions en el procés de mediació.

63. Art. 18.3 de la LMF de Madrid.

64. Art. 8.b, paràgraf segon, de la LMF del País Basc.

65. Art. 11.1 de la LOPD; el consentiment no és necessari en els casos previstos en l'apartat següent d'aquest article 11.

66. Així ho estableix, precisament, el Llibre verd del 2002, COM(2002) 196 final, en l'apartat 3.2.2.1, núm. 82 final, que cita en nota la legislació relativa a la sospita de blanqueig de diner, vigent en aquell temps, la Directiva 2001/97/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de desembre de 2001, per la qual es modifica la Directiva 91/308/CEE del Consell, relativa a la prevenció de la utilització del sistema financer per al blanqueig de capital (DOUE L 344, 28.12.2001).

67. En l'apartat 1 de l'article 199 del Codi penal es preveu presó d'un any a tres anys i multa de sis mesos a dotze mesos; en l'apartat 2, presó d'un any a quatre anys, multa de dotze mesos a vint-i-quatre mesos i inhabilitació especial per a la professió esmentada de dos anys a sis anys.



sona que ha proporcionat la informació esmentada en el marc d'un procediment de mediació, en el sentit que té dret a demanar que tot el que ha manifestat o ha estat proporcionat documentalment sigui mantingut en secret, sense revelar-ho, llevat dels casos previstos legalment.

Des de la perspectiva subjectiva, la confidencialitat és un deure de tota persona que intervé en el procediment de mediació: les parts, el mediador, els tècnics, els col·laboradors, etc. En el cas dels tercers que hi intervenen, com a professionals, estan subjectes al deure del secret professional, el contingut del qual coincideix, en essència, amb el de la confidencialitat. Les parts han de preservar la confi-

dencialitat de tot el que s'ha tractat; el mediador hi està subjecte pel deure de secret professional, que suposa el deure de confidencialitat de la informació revelada.

I, objectivament, ha de mantenir secret respecte de qualsevol informació, matèria, fet, documentació, qüestió, que es tracti durant el procés de mediació, fins i tot quan s'haurà acabat, sense límit de temps. El principi de confidencialitat s'ha d'exceptuar tan sols en aquells casos previstos legalment. I per això les parts han de ser informades a l'inici del procediment de mediació del contingut d'aquest principi de confidencialitat així com de les excepcions que té.

## Bibliografia

- ALCOVER, A. M.; MOLL, F. B. (1954). *Diccionari català-valencià-balear*. Manuel SANCHÍS GUARNER (col·l.). Palma de Mallorca: Ed. Moll.
- BERTRÁN, J. M.; COLLAZO, E.; GERVÁS, J.; GONZÁLEZ SALINAS, P.; GRACIA, D.; JÚDEZ, J.; RODRÍGUEZ SENDÍN, J. J.; RUBÍ, J.; SÁNCHEZ, M. (2005). *Intimidación, confidencialidad y secreto. Guías de ética en la práctica médica*. Majadahonda: Ergon.
- COROMINES, J. (1982). *Diccionari etimològic i complementari de la llengua catalana* (vol. III). Josep GULSOY; Max CAHNER (col·l.); Carles DUARTE; Àngel SATUÉ (auxili tècnic). Barcelona: Curial Edicions Catalanes / Caixa de Pensions «la Caixa».
- MORETÓN TOQUERO, M. A. (2006). «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». A: Nuria BELLOSO MARTÍN (coord.). *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*. Castella-Lleó: Junta de Castilla y León, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2005). «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 5, pàg. 249-272. Disponible en línia: [http://cga.e.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4\\_foro\\_jornadas\\_2.pdf](http://cga.e.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf)
- SÁNCHEZ-STEWART, N. (2008). *La profesión de abogado. Deontología, valores y colegio de abogados*. Barcelona: Difusión Jurídica.
- SERRANO ROMERO, J. F. (2009). «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado». *Actualidad Civil* (núm. 4).

## Citació recomanada

VIOLA, Isabel (2010). «La confidencialitat en el procediment de mediació» [article en línia]. *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*. Núm. 11. UOC. [Data de consulta: dd/mm/aa].  
<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-viola/n11-viola-cat>>  
ISSN 1699-8154



Aquesta obra està subjecta a la llicència Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons. Així doncs, se'n permet la còpia, distribució i comunicació pública sempre que se'n citi l'autor i la font (*IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*), i l'ús concret no tingui finalitat comercial. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>>

---

### Sobre l'autora

Isabel Viola Demestre  
isabelviola@ub.edu

Doctorada en Dret i professora titular de Dret civil de la Universitat de Barcelona. És, a més, màster en Gestió i resolució de conflictes: mediació (Universitat de Barcelona) i coautora del capítol jurídic del *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya* (2010).

Universitat de Barcelona  
Facultat de Dret  
Av. Diagonal, 684  
08034 Barcelona, Espanya