

<http://idp.uoc.edu>

ARTÍCULO

La confidencialidad en el procedimiento de mediación

Isabel Viola Demestre

Fecha de presentación: julio de 2010

Fecha de aceptación: septiembre de 2010

Fecha de publicación: diciembre de 2010

Resumen

La confidencialidad, como principio esencial del procedimiento de mediación, tiene particular incidencia en el entorno electrónico. El presente trabajo indaga en su significado, sus ámbitos subjetivo y objetivo y en sus límites, teniendo presente la normativa autonómica existente y la Directiva 2008/52, relativa a ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y otros documentos concordantes.

Palabras clave

Confidencialidad, principios, mediación, testigo, perito, confianza, mediador, partes, documentación, interés del menor.

Tema

Derecho 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

Introducción

La confidencialidad es uno de los principios¹ fundamentales² en el procedimiento de mediación, dado que propicia la confianza mutua de las partes y contribuye a garantizar la franqueza entre ellas y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento.³ La finalidad no es otra que generar la confianza necesaria para favorecer que las partes expresen sus intereses y necesidades y, de este modo, que busquen, ellas mismas, la solución más razonada, mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurren,⁴ sin temor a que sus palabras, documentos o informaciones vertidas sean utilizadas en su contra en otro medio

de resolución de controversias, en general, un juicio posterior.⁵

La inexistencia de la confianza en el procedimiento de mediación, en tanto que posible espacio de, únicamente, obtención de información para poder ser utilizada en un procedimiento judicial o arbitral posterior, impide que las partes se expresen libremente y, por consiguiente, que intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

La necesaria confianza de las partes en el procedimiento de mediación se asienta, pues, sobre el fundamento de la confidencialidad,⁶ reconocido casi

1. La Recomendación del Consejo de Europa (98) 1, del Comité de Ministros de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar incluye la confidencialidad en el apartado relativo al proceso de mediación, en el que se tratan, fundamentalmente, los principios de éste. Por su parte, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 final, en su apartado, 2.1.2, intitulado «ADR convencionales», punto 33, puso de relieve que las autoridades públicas constataban algunos principios comunes a todos los procedimientos, entre los que se señala que «el tercero deberá respetar el principio de confidencialidad». De igual modo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil», COM(2002) 196 final (DOUE, 08/04/2003), apartados 0.4, 1.11 y 3.4.2, considera la confidencialidad como principio, como garantías mínimas del procedimiento. En esta línea, un elevado número de las leyes autonómicas de mediación familiar califican la confidencialidad como un principio. Así, por ejemplo, en el artículo 8 de la Ley de Mediación Familiar (en adelante, LMF) de Galicia; art. 15 LMF Valencia; art. 8 LMF Castilla-La Mancha; art. 4. 4 LMF Castilla y León; art. 2 e) LMF Islas Baleares; art. 4 b) LMF Madrid; art. 8 b) País Vasco y en el preámbulo, II, de la LMF Andalucía. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña se refiere a la confidencialidad como uno de los principios básicos del sistema, en su preámbulo, ratificado en el capítulo II, en el que se definen y regulan dichos principios (la confidencialidad lo está en el artículo 7).
2. «Dada la importancia de la confidencialidad en el procedimiento de mediación, es necesario que la presente Directiva contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil». Así reza el considerando (23) 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 (DOUE, 24.05.2008, L 136/3).
3. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 final, en su apartado 3.2.2.1, intitulado propiamente como «Confidencialidad», pone de relieve que en la mayoría de los casos las partes que recurren a las ADR consideran esencial que la información intercambiada en el procedimiento, oralmente o por escrito e incluso, a veces, los resultados del procedimiento, sean confidenciales. «la confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR».
4. Así lo pone de manifiesto ORTUÑO MÚÑOZ, Pascual, en su artículo «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación», apartado VI, letra d), que puede ser consultado en el momento de cerrar el presente trabajo, septiembre del 2009, en http://cgae.iurisline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf.
5. Como acertadamente señala Pascual ORTUÑO, «ninguna parte expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en su contra». Véase nuevamente su artículo «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación», apartado VI, letra d), citado.
6. De hecho, confidencialidad y confianza comparten un mismo origen etimológico, como así se desprende de la consulta del *Diccionari etimològic i complementari de la Llengua Catalana*, por Joan COROMINES, con la colaboración de Josep GULSOY y Max CAHNER y el auxilio técnico de Carles DUARTE y Àngel SATUÉ, Volumen III, correspondiente a las letras «D-FI», Curial edicions catalanes, Caixa de Pensions «la Caixa», Barcelona, 1982. Así, las palabras *confiança*, *confiant*, *confiar*, *confiat*, *confiança*, *confidència*, *confidència*, *confident* remiten al vocablo *fiar*, según se observa en la página 875 del citado diccionario. La palabra *fiar* (en la página 1.007 del citado diccionario), a su vez, nos remite, al vocablo *fe*, cuyo comentario se inicia del siguiente modo «FE, del II. FIDES fe, *confiança*» (página 918). La referencia a *confidencia* y *confidencial* se halla en la página 920, línea 20, que por su interés reproducimos textualmente: «Duplicats savis: *confidència* i *confident* [Lacav.], dels II. *confidens*, *-tis*, *confidentia*, del part. actiu del II. *confidere* "tenir confiança"; *confidencial*». En esta misma línea, véase el *Diccionari català-valencià-balear*, iniciado por mosén Antoni Maria Alcover, tomo III, redactado por Francesc de B. MOLL, con la colaboración de Manuel Sanchís Guarnier, Palma de Mallorca, 1954, página 388. El adjetivo *confidencial* se define como propio de la confidencia, esto es, «acte i efecte de confiar o fer saber a qualcú una cosa que no ha de divulgar. (...) Etim.: del llatí *confidentia*».

unánimemente por la doctrina.⁷ Sin embargo, la definición de confidencialidad, así como su alcance, son dispares en las distintas leyes autonómicas sobre mediación como procedimiento de resolución de controversias, en su mayor parte, familiares, aunque ya no únicamente.⁸

Por ello, este trabajo⁹ tiene como objetivo ofrecer un estudio sobre el concepto de confidencialidad, sus ámbitos objetivo y subjetivo y las excepciones a este principio que ofrece la legislación autonómica sobre esta materia, tomando en consideración, además, la Directiva 2008/52/CE y otras normas relevantes sobre mediación, así como su relación con el secreto profesional, aspectos

relevantes que deberán tenerse en cuenta, igualmente, en el entorno electrónico.

1. Concepto de confidencialidad¹⁰

La confidencialidad se puede definir en dos sentidos, uno positivo y otro negativo: en un sentido positivo, la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación familiar¹¹ o sobre el desarrollo del procedimiento negociador¹² o también puede consistir en mantener en secreto¹³ la información que se trate en mediación;¹⁴ en un sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar¹⁵ o no revelar¹⁶ o utilizar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto de

7. Por su parte, el fundamento de la confidencialidad puede considerarse que reside en el derecho a la intimidad personal y familiar, objeto principal de la mediación familiar. Así se desprende del secreto profesional, tal y como lo concibe la doctrina. En este sentido, véase, por ejemplo, MORETÓN TOQUERO, M. Aránzazu: «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador» en BELLOSO MARTÍN, Nuria (coord.): *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de familia e igualdad de oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pág. 213. (Mi agradecimiento a la coordinadora de la obra, Dra. Nuria Belloso Martín, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Burgos, por su amabilidad al facilitarme un ejemplar de esta obra). También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto. Destacamos el Auto del Tribunal Constitucional 600/1989, de 11 de diciembre, que establece que «el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de su actividad, la sustracción del conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía de privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo su ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su naturaleza o proyección social, se estime merecedora de tutela, sino que se reserve, también frente a intromisiones ajenas, la esfera de la persona que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza». También se considera como el fundamento del derecho de defensa. «Existe una relación entre el secreto y la confianza pero hay valores de superior categoría que lo amparan, singularmente, la intimidad, el derecho de defensa y la función social de la abogacía»; son palabras de SÁNCHEZ-STEWART, Nielson: *La profesión de abogado. Deontología, valores y colegio de abogados*. Difusión Jurídica, Barcelona, 2008, pág. 713. Todo aquello que pertenece al ámbito de la intimidad tiene carácter confidencial. La confidencialidad se predica de la información, sea cual sea ésta. Y lo que el derecho a la confidencialidad protege es el uso de esa información íntima por cualquiera, distinto de la propia persona a la que pertenece esa información o no autorizado por ella. AA. VV. (BERTRÁN, Josep Maria; COLLAZO, Eliseo; GERVÁS, Juan; GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; GRACIA, Diego; JÚDEZ, Javier; RODRÍGUEZ SENDÍN, Juan José; RUBÍ, Jesús y SÁNCHEZ, Miguel): *Intimidación, confidencialidad y secreto*, Guías de ética en la práctica médica, Ergon, Majadahonda (Madrid), 2005, pág. 5.
8. La Ley 15/ 2009 de Cataluña amplía la tipología de los conflictos sobre los cuales la mediación pueden incidir, del familiar al del derecho privado, según reza su título.
9. Este trabajo se enmarca dentro de las labores de investigación que la autora lleva a cabo como integrante del grupo jurídico (ET13) de elaboración del Libro Blanco de la mediación en Cataluña. A M. Elena Lauroba, Immaculada Barral, José Alberto Marín, Consol Martí, Josep M. Tamarit y Antoni Vidal, miembros de dicho grupo jurídico, mi agradecimiento por sus comentarios sobre este estudio, que hemos tenido ocasión de comentar en las distintas reuniones mantenidas con ocasión del Libro blanco (<http://idt.uab.cat/llibreblanc/>), agradecimiento extensivo a la Dra. Aura Esther Vilalta, encargada del estudio del derecho comparado en mediación.
10. La confidencialidad se define como la cualidad de *confidencial*, adjetivo que proviene de *confidencia*, esto es, «que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas». Véase *Diccionario de la Lengua Española*, vigésimo segunda edición, Real Academia Española, Madrid, 2001, tomo I, pág. 620.
11. Artículo 8.3 LMF Castilla-La Mancha y Artículo 2 e) LMF Islas Baleares.
12. Artículo 11.1 Galicia.
13. Así lo establecía el artículo 13.1 LMF catalana del 2001, derogada por la Ley de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, en cuyo artículo 7.1 define la confidencialidad en un sentido negativo, esto es, como la obligación de no revelar las informaciones que conozcan como consecuencia de la mediación.
14. El Código de conducta europeo para mediadores, en su apartado 4, establece que el mediador «observará la confidencialidad sobre cualquier información, relativa o con respecto a la mediación, incluido el hecho que existe o haya tenido lugar [...]».
15. Artículo 26 LMF Castilla-La Mancha.
16. Artículo 7.1 LMDP Cataluña. O no podrá desvelar (art. 9 LMF Andalucía).

la mediación, ni después de la mediación, haya o no acuerdo.¹⁷ Desde un punto de vista jurídico, este sentido negativo de la confidencialidad se concreta en una obligación de no hacer (no revelar) por parte del sujeto obligado a ella.

Por consiguiente y para reforzar el carácter confidencial,¹⁸ se hace necesario establecer que las partes no puedan solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo de cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto objeto de la mediación practicada¹⁹ y, en correspondencia, el mediador puede renunciar a intervenir como testigo²⁰ o perito a propuesta o solicitud de cualquiera de las partes en todo tipo de procedimiento o litigio que afecte al objeto de la mediación.²¹

En términos jurídicos, la confidencialidad se concibe, también, como un deber,²² una obligación²³ o un carácter de la información²⁴ de las sesiones de mediación, relacionado estrechamente con el secreto profesional.²⁵

En efecto, confidencialidad y secreto profesional suelen ser conceptos que aparecen interrelacionados, cuando menos así se desprende de la normativa a la que están sujetos determinados profesionales (abogados,²⁶ médicos, periodistas, psicólogos, entre otros). Se trata de personas que, por razón de su profesión, son depositarias de los relatos, informaciones, documentaciones, etcétera, de otras personas, por lo que, también aquí, la confidencialidad es una garantía de la confianza²⁷ depositada en el profesional.²⁸ La distinción entre una (confidencialidad) y

17. Artículo 4.4 LMF Canarias.

18. Así lo expone ORTUÑO MUÑOZ, cit.

19. Artículo 7 g) LMF Castilla y León.

20. Artículos 416 y 417 LECrim; artículo 371LEC.

21. En un sentido similar lo sugirió el Libro Verde del 2002, COM (2002) 196 final, en su apartado, 3.2.2.1, número 82: «cuando la ADR no se hubiese visto coronada por el éxito, el tercero que hubiere intervenido en ella no debería poder ser citado como testigo ni intervenir como árbitro en el marco del mismo litigio, dado que en el transcurso del procedimiento pudiera haber tenido acceso a informaciones que un árbitro no siempre puede obtener». Anteriormente, no obstante, en el número 40 del Memorandum explanatory de la Recomendación (98) 1 del Consejo de Europa, sobre mediación familiar, ya se estableció que «Wether a mediator has a right to refuse to give evidence in court is left to national law» (véase en <http://wcd.coe.int>). Así mismo lo ha recogido la LMDP de Cataluña, en su artículo 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 mediadora com a perit 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. Artículo 7.4 y 16.1 de la Ley de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado (en adelante, LMDP) de Cataluña; art. 11 y 21 LMF Galicia; art. 10.13 LMF Castilla y León y art. 29. m LMF País Vasco. También lo califica de deber la doctrina, como SERRANO ROMERO, José Francisco: «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2009, pág. 391.

23. Artículo 17, par. 1 Valencia; artículo 7.1 LMDP de Cataluña.

24. Artículo 11 LMF Galicia; art. 19 LMF Valencia y art. 7.1 LMF Asturias.

25. Artículo 4.4 y art. 10.13 LMF Castilla y León y art. 16 LMF Islas Baleares.

26. Véase el artículo 5.1 del Código deontológico de la abogacía española:

«1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto a todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial» (<<http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1170956112478.pdf>>); el artículo 39 de los Estatutos del Colegio de Abogados de Barcelona («4. El deure de secret i confidencialitat s'esten a les comunicacions i la informació»).

27. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 1998 pone de relieve la relación secreto profesional y confianza, en términos similares al que se predica de la relación mediador-partes, de la que por su interés reproducimos un fragmento a continuación: «El deber de secreto profesional (...), fundado en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución -en el ámbito del proceso- considera nota característica del derecho a la tutela judicial (...). La confidencia y la confianza recíproca son esenciales características y el fundamento de las relaciones del abogado con sus clientes». STS 1051/1998, Sala de lo contencioso, 17 de febrero de 1998, ponente Juan Antonio Xiol Ríos. <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>> o Aranzadi 1998/1633.

28. Código de deontología de los abogados en la Unión Europea, adoptado en Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las sesiones plenarias de 28 de noviembre de 1998 y de 6 de diciembre del 2002 «2.3. Secreto profesional.

2.3.1. Forma parte de la esencia misma de la función del Abogado que sea depositario de información que el cliente no transmitiría a otras personas y de otras informaciones basadas en la confianza. Sin la garantía de la confidencialidad no puede existir confianza. Por lo tanto, el secreto profesional es un derecho y una obligación fundamental y primordial del Abogado.

La obligación del Abogado relativa al secreto profesional sirve al interés de la Administración de Justicia, y al del cliente. Esta obligación, por lo tanto, es titular de una protección especial del Estado.

2.3.2. Un Abogado debe respetar el secreto de toda información de la que tuviera conocimiento en el marco de su actividad profesional.

2.3.3. La obligación de secreto profesional no está limitada en el tiempo.

2.3.4. Un Abogado debe requerir la observancia de la misma obligación de secreto profesional a sus socios, empleados y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional».

otro (secreto profesional) radica en el matiz de la condición de profesional: la confidencialidad es una cualidad de la información revelada en confianza a cualquier persona sometida a ella, mientras que el secreto profesional es un deber (y, en ocasiones, también un derecho) de personas con un determinado perfil profesional.

En cualquier caso, y retomando el tema de la confidencialidad en la mediación, el mediador se asegurará antes del comienzo de la mediación de que las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones de inicio de la mediación, que incluye en especial las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad, como así lo sugiere el Código de conducta europeo para mediadores, apartado 3.1, párrafo segundo.²⁹

Una vez presentado el concepto, las cuestiones que trataremos a continuación son aquellas que se refieren a los sujetos que tienen este deber de confidencialidad³⁰

(ámbito subjetivo) y la materia que debe mantenerse en secreto³¹ (ámbito objetivo).

1.1. Ámbito subjetivo de la confidencialidad

Del análisis de la normativa se desprende que están sujetos a la confidencialidad, unánimemente, el mediador³² y, en algunas legislaciones, las partes³³ y otras personas³⁴ intervinientes en la mediación, esto es, todos los participantes en el procedimiento de mediación.³⁵ En esta última línea se pronuncia la normativa europea: la confidencialidad es un deber del mediador, las partes y terceros.³⁶ También la doctrina considera que el deber de confidencialidad consiste en algo más que la protección de las partes frente a la posible indiscreción del mediador, que pudiera llegar a difundir la información obtenida en mediación, sino que ésta también alcanza a las partes, concretamente, para que no puedan utilizar en un proceso judicial posterior los

29. «Puesto que la confidencialidad constituye uno de los principios fundamentales de la mediación, resulta conveniente que las partes conozcan y comprendan las excepciones a dicho principio antes del comienzo del procedimiento, por lo que es imprescindible que en la sesión inicial de la mediación se expliquen así como se recojan en el documento de inicio del procedimiento en el que se incluye la comprensión de los principios de la mediación, como la confidencialidad y sus excepciones, que las partes se comprometen a cumplir y respetar, plasmándolo mediante la firma de dicha acta». Véase en Memorandum explicativo del Comité de ministros del Consejo de Europa, a la Recomendación (98)1, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar, apartado núm. 42. Se puede consultar en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>
30. ¿Quién está sujeto al deber de confidencialidad? ¿Sólo el mediador? ¿Y las partes? ¿También tienen esta obligación? ¿Algún otro sujeto más?
31. ¿Qué debe mantenerse en secreto? ¿Toda la información? ¿Y la documentación? ¿Sólo aquello relevante?
32. Art. 11.1 LMF Galicia; art. 4.4 LMF Canarias; art. 10 d) y 26. 2 LMF Castilla-La Mancha; art. 10.13 LMF Castilla y León; art. 2 e) LMF Islas Baleares; art. 4. b) LMF Madrid; art. 7.1 LMF Asturias, art. 13 b. LMF País Vasco y art. 9 LMF Andalucía.
33. Artículo 11.1 LMF Galicia; art. 2 e) LMF Islas Baleares; art. 4. b) LMF Madrid y art. 7.1 LMF Asturias.
34. Artículo 15 LMF Valencia.
35. Artículo 7.1 LMDP Cataluña. Nótese el mayor alcance subjetivo de la confidencialidad en la Ley del 2009 con respecto a la del 2001: el artículo 13.1 de la Ley del 2001 establecía la confidencialidad para el mediador y las partes, mientras que en la nueva este principio de confidencialidad es vinculante para cualquier persona que intervenga en el procedimiento de mediación. La Directiva 2008/52/CE, en su artículo 7.1, dispone que los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho precepto. Sobre este aspecto subjetivo de la confidencialidad, el Consejo, en su posición común, rechazó la sugerencia de que quienes intervienen en una mediación tampoco estén facultados para revelar información sobre el proceso de mediación ni que la prohibición de revelar tal información se aplique también a la comunicación de ésta a terceros. Con ello, el Consejo decidió no imponer a los Estados miembros la obligación de velar por que los participantes en un proceso de mediación no tengan derecho siquiera a prestar declaración. Véase Posición común (CE), núm. 11/2008, aprobada por el Consejo el 28 de febrero del 2008 (DOUE, 20/05/2008-C 122E/8, apartado B. «Enmiendas 12 a 34, relativas al articulado», núm. 19). Sin embargo, el Parlamento catalán consideró necesaria que la confidencialidad sea una obligación de «Todas las personas que intervengan en un procedimiento de mediación (...)», como así reza el artículo 7.1 de la citada ley catalana.
36. Artículo 7 de la Directiva 52/2008/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 21 de mayo del 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Véase, sobre todo, los puntos 79, 80 y 81 del apartado 3.2.2.1, relativo a la confidencialidad del Libro Verde (2008) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril del 2002 [COM (2002) 196 final].

datos que fueron revelados durante un procedimiento de mediación.³⁷

1.2. Ámbito objetivo de la confidencialidad

También el objeto sobre el que recae la confidencialidad se expresa de un modo muy distinto en la legislación autonómica sobre mediación: así, se dice que es confidencial la información³⁸ que se trate, que conozcan como consecuencia de la mediación,³⁹ la obtenida verbal o documentalmente en el transcurso del proceso de mediación, incluido el resultado⁴⁰ o los hechos que hayan conocido en las sesiones de mediación familiar,⁴¹ así como las entrevistas y los datos y documentos producidos en el procedimiento de mediación.⁴² Desde un punto de vista material o documental, se entiende que la confidencialidad hace referencia al carácter reservado de las actas,⁴³ o de sólo una de ellas (el acta de la sesión final)⁴⁴ o, también, el expediente y los documentos relativos al procedimiento incorporados con ellos.⁴⁵

En particular, se declara igualmente confidencial la conversación individual (caucus) mantenida por el mediador con cualquiera de las partes sobre las materias que son objeto de mediación, que no deberá ser comunicada a la otra parte, excepto si ha sido expresamente autorizado por la persona que ha proporcionado la información.⁴⁶ Esta afirmación enlaza con el siguiente aspecto que hay que tratar: las excepciones (o límites) al principio de confidencialidad.

2. Excepciones al principio de confidencialidad

La confidencialidad no es un principio absoluto,⁴⁷ pues en determinados supuestos la información que se conozca podrá ser revelada. La extensión y los límites de la confidencialidad se regulan por la ley, los reglamentos institucionales o las relaciones profesionales de que se trate.⁴⁸

37. El Libro Verde mencionado considera, precisamente, que «la obligación de confidencialidad atañe a las partes en primer lugar. La información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior» (Libro Verde, COM (2002) 196 final, apartado 3.2.2.1, Confidencialidad, núm. 79). De igual modo, parece desprenderse del Código de conducta europeo para mediadores, en cuyo apartado 3.1, párrafo 2, se alude a la obligación de confidencialidad de los mediadores y de las partes. En la doctrina, por todos, véase MORETÓN TOQUERO, M. Aránzazu: «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador», en BELLOSO MARTÍN, Nuria (coord.): *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*, cit., pág. 213.
38. Art. 11.1 LMF Galicia, art. 7.1 LMF Asturias y LMF de Andalucía, en su preámbulo, detallándola en el artículo 9.
39. Artículo 7.1 LMDP Cataluña.
40. Artículo 8 b) LMF País Vasco. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil», COM (2002) 196 final (DOUE, 08/04/2003), en su apartado 3.4.2, punto final, relativo al principio de confidencialidad, consideraba que «este mismo principio de confidencialidad debería aplicarse a los resultados del proceso de ADR».
41. Artículo 8.3 LMF Castilla-La Mancha y Artículo 2 e) LMF Islas Baleares.
42. Artículo 4 b) LMF Madrid.
43. Artículo 7.3 LMDP Cataluña (este artículo dice que las actas tienen carácter «reservado»).
44. Artículo 22.2 LMF País Vasco.
45. Artículo 26 LMF Castilla-La Mancha.
46. Por ejemplo, el artículo 7.2 LMF Asturias. Así se previó expresamente en la Resolución del Parlamento Europeo en relación con el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (COM (2002) 196 - C5-0284/2002 - 2002/2144 (COS), en cuyo punto 6 (en el que se propone que el futuro Libro Verde de seguimiento tome en consideración un modelo de código para toda Europa, en el que comprenda, al menos, unas garantías procesales mínimas), en su apartado d), se señala que «se debe prever la obligación de la confidencialidad en la medida en que los asuntos revelados por la parte A al mediador/conciliador deberán revelarse a la parte B o a un tercero sólo si la parte A da su consentimiento».
47. Así lo indica la Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar. En el Explanatory Memorandum, punto número 42, se señala que, al inicio de la mediación, las partes deben ser informadas de que la confidencialidad no puede ser absoluta. También lo considera de este modo, en la doctrina, SERRANO ROMERO, José Francisco: «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado», cit., pág. 386.
48. Corresponde al legislador la especificación de las circunstancias o supuestos en los que la confidencialidad puede ser renunciada, según establece la Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar, concretamente, en el punto número 42 del Explanatory Memorandum de dicha recomendación.

Son excepciones o límites, por lo tanto, no están sujetos a confidencialidad, los supuestos siguientes. En primer lugar, cuando hay aceptación expresa de las partes,⁴⁹ cuando las partes están de acuerdo en que la información sea revelada. La confidencialidad se ha concebido como un privilegio de las partes: si las partes están de acuerdo en que la información pueda ser revelada, el mediador podría ser compelido a testificar en un procedimiento.⁵⁰

En segundo lugar, a efectos estadísticos⁵¹ o también cuando la información obtenida en el transcurso de la mediación no es personalizada y se utiliza para finalidades de formación⁵² o investigación.⁵³

En un tercer grupo encontraríamos aquellos casos en los que se revela información por cuanto que ésta implica una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona,⁵⁴ en suma, cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público,⁵⁵ con la consiguiente obligación de la persona mediadora de informar a

las autoridades competentes⁵⁶ de los datos que puedan revelar la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o también de hechos delictivos perseguibles de oficio.⁵⁷

Un cuarto supuesto como excepción de la confidencialidad está relacionado con la homologación de los acuerdos adoptados. Si bien el resultado o el acta de la sesión final puede tener carácter confidencial, podrá utilizarse por cualquiera de las personas afectadas por la mediación en el caso de hacer valer este acuerdo ante los tribunales u otras instituciones y administraciones⁵⁸ o, en esta misma línea, cuando las partes acuerden la ejecución, ratificación u homologación del resultado de la mediación.⁵⁹

Otra excepción a este principio la encontraríamos en la Ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña (artículo 7.4, apartado c.), cuando la información se obtiene en el ámbito comunitario, si se utiliza el procedimiento del diálogo público, como forma de intervención mediadora abierta a la participación ciudadana.⁶⁰

49. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 final, en su apartado 3.2.2.1, número 82, prevé esta excepción del consenso de las partes. En las leyes autonómicas, esta excepción se prevé, por ejemplo, en los artículos 8.3 y 26.2 a) LMF Castilla-La Mancha.
50. «Se suele esperar que las partes estén de acuerdo en que las discusiones y negociaciones no sean comunicadas en cualquier procedimiento legal posterior. Dicha confidencialidad se refiere, normalmente, a un "privilegio". El privilegio pertenece a las partes conjuntamente, no al mediador o al proceso. Las partes pueden renunciar a él y el mediador puede ser compelido a testificar en procedimientos legales. Es probable que los mediadores estén sujetos por códigos profesionales de conducta en relación con la confidencialidad pero son las partes las que ostentan este privilegio». Memorandum explicativo del Comité de ministros del Consejo de Europa, a la Recomendación (98)1, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar, apartado núm. 41. Se puede consultar en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>.
51. Así, el artículo 11.2 c) LMF Galicia; art. 16.2 a) LMF Islas Baleares, y art. 26.3 Castilla-La Mancha. La Ley 15/2009, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, ha suprimido esta excepción a la confidencialidad, que antes se recogía en el artículo 20.3 LMF Cataluña, del 2001.
52. El artículo 16.h de la ley de mediación familiar de Andalucía prevé como excepción la posibilidad de referirse a una mediación cuando se utilice con fines de investigación y formación, pero en cuyo caso la ley requiere el consentimiento expreso de quienes estén directamente afectados, incluidos los niños y las niñas mayores de 12 años, y debiendo ser oídas las personas menores de esta edad.
53. Artículo 7.4 a) LMDP Cataluña; art. 10, 13 LMF Castilla y León; art. 16.2 a) LMF Islas Baleares y art. 7.3 a) LMF Asturias.
54. Artículo 7.4 b) LMDP Cataluña y art. 7.3 b) LMF Asturias.
55. Artículo 7.1 a) de la Directiva 2008/52/CE citada. Otro ejemplo de excepción de la confidencialidad en el marco del orden público que la Directiva incluye en este mismo apartado es la protección del interés superior del menor.
56. Esta excepción al principio de confidencialidad podría justificarse en el deber de impedir delitos, cuya omisión está penada en el artículo 450 del Código penal («1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tengan noticia»).
57. Artículo 7.5 LMDP Cataluña; art. 10. 14 LMF Castilla y León; además, por las personas afectadas por la mediación, véase el artículo 11.3 LMF Galicia; art. 16.2. b) LMF Islas Baleares y art. 7.3 b) LMF Asturias.
58. Artículo 22.2 LMF País Vasco.
59. Artículo 8 b. LMF País Vasco. Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo, la confidencialidad quedará excepcionada. En este sentido, artículo 7.1. b) de la Directiva 2008/52/CE citada.
60. La Ley de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña prevé, entre otros muchos supuestos, la mediación en procesos de participación ciudadana. En este marco, la información revelada no tendrá el carácter de confidencial pues precisamente este proceso se lleva a cabo para implantar mejoras, por ejemplo, en un barrio o en una determinada zona urbana, por lo que es necesario que la información pueda ser utilizada.

Igualmente, como un sexto supuesto, puede haber excepción a la confidencialidad, según algunas leyes autonómicas de mediación familiar, cuando se es requerido por un juez, el ministerio fiscal o por ambos.⁶¹ En la mediación en el ámbito penal, en cambio, no puede existir excepción alguna al principio de confidencialidad. Las manifestaciones realizadas en un procedimiento de mediación en este ámbito no pueden en ningún caso constituir material probatorio, pues, en caso contrario, podría suponer una vulneración del derecho a un proceso justo y a la presunción de inocencia, llegando a considerarse, en consecuencia, que se trata de una prueba obtenida ilícitamente.⁶² Como criterio general, y en lo que concierne al tratamiento de los datos personales registrados en soporte físico, la persona mediadora sólo podrá contravenir este principio en los casos previstos⁶³ en este sentido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,⁶⁴ de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).⁶⁵

Otra posible excepción al principio de confidencialidad sería el caso de que el tercero, sometido por su profesión al secreto profesional, se vea obligado a revelar parte de dichas informaciones en virtud de la legislación aplicable.⁶⁶

La conculcación del principio de confidencialidad por parte del mediador se sanciona con infracción grave o muy grave por las diferentes leyes autonómicas. No se prevé sin embargo sanción expresa para la vulneración del principio de confidencialidad por las partes (incumplimiento contractual, extracontractual => responsabilidad civil). La revelación de secretos es también penalmente sancionable, en el Título X relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad

del domicilio, en particular, el artículo 199 del Código penal, que contiene dos apartados, diferenciados en función de si el sujeto que revela secretos ajenos los conoce por razón de su oficio o sus relaciones laborales (apartado 1) o de si es un profesional que incumple su obligación de sigilo o reserva (apartado 2), con las consiguientes distintas penas.⁶⁷

Será conveniente que los avances técnicos proporcionen a las partes, al mediador y a la sociedad en general los medios necesarios para garantizar este principio fundamental en la mediación si pretendemos que este procedimiento realmente sirva para que los individuos puedan resolver, por ellos mismos, con rapidez y eficacia, sus conflictos en el entorno electrónico.

Indicaciones conclusivas

Para finalizar, y a modo de conclusión, querríamos destacar lo siguiente. La confidencialidad es, junto a la voluntariedad y la imparcialidad, uno de los principios fundamentales del procedimiento de mediación. Garantiza la confianza de las personas que tienen un conflicto para tratar de resolverlo por ellas mismas, exponiendo su versión del conflicto, sus intereses y necesidades, lo que favorece que se generen opciones de solución, que sean satisfactorias y duraderas para todas ellas sin el temor de que sus palabras puedan ser utilizadas en su contra en otro procedimiento posterior. De ahí que se recomiende que la legislación incluya una mención a que las partes no podrán citar al mediador como testigo en un juicio posterior.

61. Artículo 26.2. b LMF Castilla-La Mancha.

62. Agradezco al profesor Josep M. Tamarit, catedrático de Derecho Penal de la Universitat de Lleida, sus comentarios acerca de la confidencialidad en la mediación penal. Como acertadamente puntualizó, no se le puede decir al imputado que reconozca el hecho en mediación y después, en el proceso judicial, que tiene derecho a no declarar contra sí mismo, pero que, en todo caso, ya sabemos que es culpable como consecuencia de sus manifestaciones en el proceso de mediación.

63. Artículo 18. 3 LMF Madrid.

64. Artículo 8 b. párrafo 2.º LMF País Vasco.

65. Artículo 11.1 de la LOPD; el consentimiento no será preciso en los casos previstos en el apartado siguiente de este artículo 11.

66. Así lo establece, precisamente, el Libro Verde del 2002, COM (2002), 196 final, en su apartado, 3.2.2.1, número 82 *in fine*, citando en nota la legislación relativa a la sospecha de blanqueo de dinero, vigente por aquel entonces, la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre del 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DOUE L 344, 28.12.2001).

67. En el apartado 1 del artículo 199 del Código penal se prevé una prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses; en el apartado 2, prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Se trata de un principio, de un deber, de una obligación que se puede definir como el mantener en secreto la información que se trate en el procedimiento de mediación, así como el deber de no revelarla por parte de aquel que ha sido el destinatario de dicha información; dos caras, pues, de un mismo principio. A su vez, la confidencialidad es un derecho de la persona que ha proporcionado dicha información en el marco de un procedimiento de mediación, en el sentido de que tiene derecho a que cuanto ha manifestado o proporcionado documentalmente sea mantenido en secreto, sin revelarlo, salvo en los casos legalmente previstos.

Desde la perspectiva subjetiva, la confidencialidad es un deber de toda persona que interviene en el procedimiento de mediación: las partes, el mediador, los técnicos, los colaboradores, etc. En el caso de los terceros que inter-

vienen como profesionales, éstos se hallarán sujetos al deber del secreto profesional, cuyo contenido coincide, en esencia, con el de la confidencialidad. Las partes deben preservar la confidencialidad de cuanto se ha tratado; el mediador estará sujeto por el deber de secreto profesional, que supone el deber de confidencialidad de la información revelada.

Y, objetivamente, deberán mantener secreto respecto a cualquier información, materia, hecho, documentación o cuestión que se trate durante el proceso de mediación, incluso cuando éste finalice, sin límite de tiempo, siendo una excepción el principio de confidencialidad tan sólo en aquellos casos legalmente previstos. De ahí que las partes deban ser informadas al inicio del procedimiento de mediación del contenido de este principio de confidencialidad, así como de sus excepciones.

Bibliografía

- ALCOVER, A. M.; MOLL, F. B. (1954). *Diccionari català-valencià-balear*. Manuel SANCHÍS GUARNER (col.). 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*. Madrid y Majadahonda: Fundación de Ciencias de la Salud / Ergon.
- COROMINES, J. (1982): *Diccionari etimològic i complementari de la Llengua Catalana* (vol. III). Josep GULSOY; Max CAHNER (col.); Carles DUARTE; Àngel SATUÉ (auxilio técnico). Barcelona: Curial Edicions Catalanes / Caixa de Pensions «la Caixa».
- MORETÓN TOQUERO, M. A. (2006). «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». En: Nuria BELLOSO MARTÍN (coord.). *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*. Castilla-León: 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*. N.º 5, pág. 249-272. Disponible en línea: http://cgaie.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*, n.º 4.

Cita recomendada

VIOLA, Isabel (2010). «La confidencialidad en el procedimiento de mediación» [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 11. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-viola/n11-viola-esp>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.es>>

Sobre la autora

Isabel Viola Demestre
 isabelviola@ub.edu

Doctora en Derecho y profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. También es máster en Gestión y resolución de conflictos: mediación (UB) y coautora del capítulo jurídico del *Libro Blanco de la Mediación en Catalunya* (2010).

Universidad de Barcelona
 Facultad de Derecho
 Av. Diagonal, 684
 08034 Barcelona, España