DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA HACIA EL DERECHO A UNA TUTELA EFECTIVA DE LA JUSTICIA

Fernando Martín Diz
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Cambio en el modelo de justicia. II. De la tutela judicial efectiva a la tutela efectiva de la justicia. 1. ¿Creación o reconfiguración? 2. Definición. 3. Contenido e ideas básicas. III. A modo de conclusión final.

Palabras clave
Tutela judicial efectiva; Derechos fundamentales; Derecho procesal; ADR.

Resumen
El presente trabajo ofrece una evolución del actual concepto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva hacia una nueva versión, más integradora, del mismo: el derecho a la tutela efectiva de la Justicia. El modelo actual de justicia se ha expandido hacia formas de contenido extrajudicial que superan en ese sentido la tradicional concepción del derecho a la tutela judicial efectiva, como un derecho fundamental vinculado a la obtención de justicia a través del proceso judicial. La incorporación a la Administración de la Justicia de soluciones como el arbitraje, la mediación o la conciliación, exige redefinir el actual derecho a la tutela judicial efectiva en un derecho fundamental más amplio que permita al ciudadano acceder a la solución en Justicia de sus conflictos a través de las diferentes opciones de protección jurídica de sus derechos e intereses legítimos que estén legisladas.

I. CAMBIO EN EL MODELO DE JUSTICIA

¿Justicia pública, justicia privada? Eterno dilema, que parecía resuelto desde la estabilidad de los últimos siglos a favor del modelo que determina que la realización de la Justicia presupone el ejercicio de un poder público, reservado al Estado, y que éste se delegaba constitucionalmente y de forma única y exclusiva en el Poder Judicial. Tras una primera interrogante, de inmediato, planteamos otra. ¿Se está agotando el modelo de justicia procesal?, es decir, la Administración de la Justicia entendida en el sentido unívoco de poner a disposición del ciudadano como forma de protección de sus derechos el proceso

judicial a través del ejercicio de la función jurisdiccional que desempeñan los integrantes del Poder Judicial. Los síntomas así parecen indicarlo. Es más, ¿no parece «fuera de lugar», en el estado de cosas en que nos encontramos, el considerar el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho a un único tipo de tutela (la jurisdiccional)?

La espita que ha propiciado en diferentes países, y sus respectivos sistemas de Administración de la Justicia, la entrada de alternativas y complementos al proceso judicial va filtrando con sutileza, pero sin interrupción, la incorporación de variantes al cerrado círculo jurídico constitucional de la resolución de conflictos y litigios a través del único cauce de la tutela jurisdiccional[1]. El asentamiento del arbitraje, la pujanza de la mediación, la estabilidad de las conciliaciones extraprocesales, o la exploración de modelos *ex novo* como la evaluación neutral por expertos, el med-arb, el arb-med y los círculos de sentencia o círculos restaurativos son elementos objetivos que acreditan que el modelo de Justicia está mutando, y que el ciudadano, mediante la libertad de opción ante la diversidad de opciones, no solo jurisdiccionales, de tutela de sus derechos va superando, por sí mismo, el propio contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El cambio silencioso, sin grandes alharacas, pero ciertamente constatable, es sin duda resultado de la confluencia de diversos factores. Tan amplios y heterogéneos que comprenden desde la recurrida alusión a la «crisis de la justicia», que en definitiva encierra problemas tan manidos como la dilación temporal de los procesos judiciales o el coste económico de los mismos, hasta el cambio social, cultural y económico de la sociedad en que vivimos, que tiende hacia formas electivas y disponibles para las personas, sencillas, no confrontativas, flexibles y ágiles de resolución del conflicto y de protección de los derechos e intereses particulares. Quizá hay un factor, de índole subjetiva, que es el motor del cambio. Por encima de todas las posibles causas lógicamente destaca el apreciable, y deseado, protagonismo que todo ciudadano quiere ostentar en la resolución de sus conflictos y en la tutela de sus derechos e intereses. El ciudadano quiere ahora tener poder directo de decisión, quiere ser partícipe y protagonista. Ya sea eligiendo la forma de resolución del conflicto, o ya sea resolviéndolo por sí mismo. En definitiva su propósito siempre será el de acceder a la defensa y protección de sus derechos e intereses, cuando los entienda en peligro o lesionados, a través de la Justicia[2].

---

[1] Véase en relación a la idea del «derecho a la tutela jurisdiccional», el trabajo de J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid, 2001.

[2] Encontrar o aportar una definición de «justicia» es tarea casi imposible por cuanto es una percepción personal y muy subjetiva de cada persona. Es por ello que consideramos que la definición más objetiva que podemos ofrecer respecto a la Justicia es la que nos ofrece la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua Española, y que la sitúa como una de las virtudes cardinales que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece, asociándola a otros términos como derecho, razón y equidad.

Todo lo anteriormente expuesto considero que no debe ser interpretado en el sentido de que se esté produciendo o caminando hacia una «privatización» de la justicia. Lo que se está produciendo es, quizá, una reintegración de la Justicia a los propios ciudadanos, que anteriormente la delegaban en el poder público y ahora quieren ir recuperando ese espacio y ese poder. Tampoco sin que ello presuponga, al menos a día de hoy, una recuperación total y absoluta de la Justicia y su ejercicio para el ciudadano, sino más bien la búsqueda de un espacio común entre el monopolio estatal de Administración de la Justicia a través de la función jurisdiccional y el protagonismo del ciudadano en la elección, e incluso actuación, en la tutela jurídica de sus derechos que la Justicia debe ofrecerle como valor superior de la convivencia y el ordenamiento jurídico constitucional. Son momentos, los actuales, de pujanza de la autonomía de la voluntad, de protagonismo del ciudadano y de un cierto distanciamiento de lo público, en el ámbito de la Administración de la Justicia. El acuerdo privado es una forma de hacer Justicia, no cabe duda, y lo es de forma tan legítima como las resoluciones emanadas desde un sistema público de Administración de la Justicia. Como indicó Couture[3], el primer impulso del ciudadano es recurrir a la justicia «por mano propia», y solo merced a posteriores esfuerzos históricos se ha ido asumiendo la idea de la Justicia a cargo de la autoridad, como elemento de civilización del propio ciudadano que opta por acudir a un tribunal para tutelar y proteger sus derechos ante posibles amenazas o lesiones.

Lógicamente, la reincorporación de los ciudadanos en la gestión directa de sus conflictos, y con ello en la propia Justicia, está teniendo una repercusión inmediata en los sistemas legales y de forma especialmente sensible en el diseño y modelo de Administración de la Justicia que pivotaba concéntricamente en torno al proceso judicial vinculado inexorablemente al Poder Judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional. El modelo está cambiando y el panorama de la Administración de la Justicia que se avecina parece que a buen seguro será diferente al actual.

Ahora bien el cambio de modelo no está exento de dudas, sombras y trabas. Existen recelos hacia mecanismos de justicia menos formales que el proceso judicial, no tan profesionalizados y estables como una Administración pública de la Justicia sustentada sobre la base de juzgados y tribunales que desempeñan profesionalmente la función jurisdiccional que la propia Constitución les encomienda. Existen dudas de seguridad jurídica y legal sobre la viabilidad de las alternativas al proceso judicial, y una vez implementadas en los sistemas de justicia de cada país, sobre su eficacia y la aplicabilidad jurídico-legal de sus soluciones. Existe también desconocimiento y falta de información, tanto para los expertos como para los ciudadanos. Existe recelo tanto por parte de las entidades, empresas y ciudadanos más poderosos que se encuentran, en general, incómodos en el vigente sistema

[3] E. Couture, *Introducción al estudio del proceso civil,* Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 17.

de justicia excesivamente procesalizado, por su lentitud y poca adaptación a la singularidad y complejidad de muchos de sus asuntos (en materia comercial, tecnológica, etc.) como para los ciudadanos de a pie para los cuales el sistema, sin que ello encierre una paradoja o una contradicción, depara una cierta marginalidad para sus pequeños litigios, por cuanto en muchas ocasiones el ciudadano se retrae de litigar ante los tribunales para evitar menoscabar sus recursos económicos y ante la ausencia de garantía de una solución que le pueda ser beneficiosa. Existen dudas, psicológicas y humanas, ante el cierto hermetismo de los juzgados y tribunales, quienes sujetos al formalismo procedimental y a las exigencias procesales, parecen a veces lejanos y distantes del justiciable, quien no se siente, como ya hemos indicado, protagonista, y se ve como una pieza más del sistema, como un actor secundario. Esa percepción de que uno no es «dueño» de sus derechos e intereses, que la efectividad de los mismos y su ejercicio y disfrute queda en «manos ajenas», es uno de los puntos de ruptura del modelo de Justicia hasta ahora apaciblemente asumido.

El modelo de Justicia, y el acceso[4] a la misma, es un modelo dinámico y en evolución, y esta tendencia se percibe ya con fuerza en los albores del siglo XXI, en relación a su desarrollo hacia un modelo más abierto y plural, que ofrece al ciudadano alternativas y posibilidades, que le permite elegir y ser protagonista directo de la resolución de sus conflictos, que le integra en la Administración de la Justicia y que incide en la dimensión social, cívica y humana de la Justicia, más que en la institucional y profesionalizada que encarna el modelo sustentado sobre la primacía del proceso judicial.

Centrando nuestra valoración en el caso de nuestro país, es indiscutible en estos momentos, con una Constitución consolidada, la atribución estatal que la misma realiza del mantenimiento del orden público y social a través de la Administración de la Justicia, la cual, según indica el art. 117.1 de nuestra Carta Magna, «*emana del pueblo y se administra*[5] *en nombre del Rey por los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial*». El servicio público de Administración de la Justicia, que nuestra Constitución dispone, ha sido perfeccionado mediante el correspondiente desarrollo legislativo. Ese desarrollo postconstitucional de nuestro modelo de Administración de la Justicia se ha centrado básicamente en la resolución de conflictos y la consiguiente tutela de los derechos individuales a través de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial y que ejercitaban con exclusividad la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado entre las partes en conflicto)[6], con excepciones que posteriormente, y poco a poco, se han ido abriendo como

[4] Consúltese M. Cappelletti y B. Garth, *Access to Justice -a world survey*, Giuffré Editore, Milán, 1978.

[5] E. Álvarez Conde, R. Tur Ausina, *Derecho Constitucional,* Tecnos, Madrid, 2013, p. 99.

[6] F. Balaguer Callejón, *Derecho Constitucional.* Volumen II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 459, quien aclara de forma muy ilustrativa que el Poder judicial es quien asume la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado entre las partes en conflicto (conflictos intersubjetivos que se hayan podido suscitar entre personas

es el caso de la incorporación del Tribunal del Jurado (constitucionalmente prevista) o la habilitación legal de soluciones extrajudiciales de conflictos como son el arbitraje, y más recientemente la mediación, en las cuales, en todas ellas, es un ciudadano —no un juez profesional integrado en el Poder Judicial— quien administra justicia para aquellos otros que se la demandan, e incluso, como es el caso de la mediación, es el propio ciudadano quien a si mismo se otorga la solución que considera más justa a su conflicto.

El ingreso e incorporación, gota a gota, de alternativas que confieran al ciudadano una mayor y más directa participación en la Administración de la Justicia no puede ser considerado como algo dañino o pernicioso para el propio modelo de Justicia de un Estado democrático y constitucional, en cuyas Constituciones, como es el caso español, de forma más o menos directa, se contienen previsiones para la participación del ciudadano en la Administración de la Justicia, y de quien, en último término, emana la misma. Con ello la Administración de la Justicia se personaliza, humaniza y socializa, mejorando su percepción ante la ciudadanía y ofreciendo nuevas formas de tutela de los derechos y de actividad personal en el marco de la Administración del Estado.

El último paso en el avance en el ahormado del modelo de Justicia hacia el que se transita consistirá en diseñar de forma integral, sistemática y orgánica la Administración de la Justicia que se pone a disposición del ciudadano, desde la previsión constitucional del derecho fundamental a tutelar jurídica y efectivamente los intereses y derechos propios hasta la concreta regulación legal de las opciones y alternativas para gestionar y resolver disputas, ofreciendo con ello medios legales con plena seguridad jurídica y absolutas garantías para el ciudadano.

II. DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A LA TUTELA EFECTIVA DE LA JUSTICIA

1. ¿Creación o reconfiguración?

En su momento, y para la Constitución actualmente vigente[7], se optó por establecer un «derecho a la tutela judicial efectiva»[8] y en otorgar en exclusiva la función jurisdiccional

titulares de derechos o intereses legítimos, protegidos por el ordenamiento jurídico), ejerce la función de resolver disputas entre los/las ciudadanos/as, o entre éstos y los poderes públicos, encomendando a un conjunto estructurado de órganos la pacificación de esos pleitos aplicando el derecho.

[7] No fue el caso de la Constitución de 1812, en cuyo art. 280 se preveía que no podría privarse a ningún español del derecho a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Situación que Mejías Gómez califica como una especie de derecho «a la tutela arbitral». Véase J.F. Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, p. 66.

[8] Véase al respecto: J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del Proceso*, JM Bosch, Barcelona, 1997, pp. 40-60.

a jueces y magistrados integrados en el Poder Judicial, con lo que se configuraba, como perfectamente detalla Barona Vilar[9], un derecho y la vía para su cumplimiento. Ahora las circunstancias han cambiado y con ello el propio derecho a la tutela judicial efectiva. La solución en sede judicial de conflictos ya no es la única posibilidad, y el ciudadano puede gestionar y tutelar sus derechos extrajurisdiccionalmente. Como la autora de referencia[10] ya señalaba al respecto «el derecho a la tutela judicial efectiva no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria, ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta el arbitraje, que responde a los mismos parámetros de heterocomposición que el propio proceso jurisdiccional».

Las posición que plantea Costa e Silva[11], y que suscribo totalmente, es absolutamente precisa para describir la transición que considero se está produciendo, en concordancia con la postura mencionada y con las ideas expuestas previamente en el apartado precedente del presente trabajo. El derecho a la tutela judicial efectiva, en su concreta vertiente de derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales y con ello de acceso al derecho y a la justicia, se encamina hacia un nuevo rumbo para transformarse, paralelamente al cambio en el modelo de Justicia, en un derecho de acceso a la tutela jurídica de derechos e intereses en sentido amplio, sin que ello implique necesariamente que el ciudadano tenga que acudir exclusivamente para obtener Justicia a los órganos jurisdiccionales. La tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, ha de expandirse hacia las demás variantes que se van integrando en la Administración de la Justicia, y por lo tanto transformarse en «tutela efectiva de la Justicia».

Empero hay que superar anticuadas posiciones en relación a que el sistema de Administración de la Justicia se pueda ver menoscabado[12] por la incorporación de opciones como el arbitraje, la mediación o la conciliación, restando protagonismo y vis atractiva al proceso judicial y al aparato jurisdiccional. La Administración de la Justicia debe ser integradora, puede perfectamente continuar asentada sobre la piedra angular del proceso judicial, pero se puede reforzar y fortalecer con otras opciones que la complementen, hacia

[9] S. Barona Vilar, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 186.

[10] S. Barona Vilar, *Solución extrajurisdiccional de conflictos, cit.*, p. 212.

[11] P. Costa e Silva, *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resoluçao de controversias*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009, p. 19.

[12] STC 176/1996, de 11 de noviembre: *«el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto en la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje. De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce»*.

las cuales se puedan derivar con total garantía y seguridad jurídica determinados conflictos como pueden ser los supuestos en que no hay contienda jurídico-legal, los supuestos en los cuales por la cuantía o trascendencia de los derechos en juego pueda ser más ágil una resolución extrajudicial o, finalmente, supuestos en los cuales los propios ciudadanos, libremente, consideran más adecuada la solución en un marco no jurisdiccional.

El universo que integra el acceso a la Justicia ha crecido vertiginosamente. La Justicia actual engloba medios heterocompositivos de solución de conflictos, como son el proceso y el arbitraje. Acoge medios autocompositivos como la conciliación o la mediación, conceptuados como ADR (*alternative dispute resolution*) en su acrónimo anglosajón de procedencia o en su traslación a los sistemas más tradicionales de derecho como mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC). A ellos se suma la especialización que para algunos ha implicado su mixtura con las tecnologías de la información y la comunicación, para dar lugar a los que se conocen, de nuevo en terminología anglosajona, como ODR (*online dispute resolution*). Pero el avance no se ha detenido ahí. Ya se están integrando en los sistemas jurídicos más avanzados en este sentido, lo que podríamos catalogar como ADR de segunda generación, como son los casos del med-arb, arb-med, la evaluación neutral o los círculos de sentencias. Todos ellos, y siempre cuando estén integrados como mecanismos jurídico legales de solución de conflictos, confieren al ciudadano capacidad y libertad para decidir, salvo restricciones en materia de derechos indisponibles o por cuestiones de interés público o seguridad colectiva, como acceder a la Justicia y como tutelar derechos e intereses particulares y subjetivos.

No debe atemorizarnos en absoluto la circunstancia de que el ciudadano disponga de una amplia libertad para decidir la forma en que quiere obtener Justicia, el procedimiento a seguir para solucionar conflictos jurídicos[13], siempre y cuando se haga dentro de las coordenadas que establece un sistema constitucional de Administración de la Justicia. Al igual que el ciudadano despliega diariamente sus facultades de elección en los diferentes aspectos de su existencia, el hecho de que conforme a su sentido común, a su razón, a sus preferencias y necesidades, opte voluntariamente por una determinada vía para la tutela jurídica de sus derechos, no debería causar ningún sobresalto ni agitación.

Todo ello nos lleva a constatar igualmente que se mantiene, y así deberá continuar, la prohibición general de autotutela, al menos en sistemas de Administración de Justicia de los regímenes constitucionales y democráticos, junto a una progresiva pérdida del monopolio estatal de Administración de la Justicia, proliferando las soluciones y órganos para

[13] Consúltese las reflexiones que sobre la libertad en la solución de los conflictos jurídicos plantea Almagro Nosete en su exposición sobre lo que denomina «Derecho a utilizar instrumentos jurídicos no jurisdiccionales». J. Almagro Nosete, *Sistema de garantías procesales*, P., Saavedra Gallo (coord.), Dijusa, Madrid, 2008, pp. 502-518.

solución de conflictos a elección e instancia de los ciudadanos[14]. La Administración de la Justicia, en sistemas democráticos y constitucionales, tal y como hemos apuntado en el primer apartado del presente trabajo, ha de ser, y debe seguir siendo, un servicio ofrecido desde la estructura del poder público, expresión del ejercicio de los poderes del Estado, pero ha de transitar hacia una concepción amplia e integradora de las nuevas formas de solución de conflictos que se van asentando legalmente. La Administración de la Justicia no puede sostenerse de forma casi única y prácticamente exclusiva sobre el proceso judicial, sino que como servicio público ha de ser eficiente, y a día de hoy todo ello pasa, entre otras condiciones, por dar cabida a las alternativas que también ofrecen vías de solución pacífica y legal de disputas a los ciudadanos.

Consideramos que respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, y en vista de que la Administración de la Justicia no va a descansar en exclusiva en el Estado aunque mantendrá siempre unas indelegables atribuciones al menos en relación a la estructuración como servicio público para el ciudadano, se va a producir una reconfiguración, sobre las ideas que estamos apuntando, y que va a dar lugar a la creación del «derecho a la tutela efectiva de la Justicia». Un derecho más amplio y menos formalista y estricto que el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto éste último se vincula en exclusiva al proceso judicial. Un derecho menos entroncado con el Estado como facilitador, a través del Poder Judicial, de la Justicia al ciudadano y más próximo a la posición individual del ciudadano como sujeto que dispone el cómo y el cuándo quiere tutelar sus derechos e intereses y con ello resolver sus conflictos en un contexto amplio de acceso a la Justicia pero simultáneamente de realización de la Justicia.

Un derecho a la tutela efectiva de la justicia que sobrepasa la tradicionales y obsoletas estructuras de Administración de la Justicia de países como España, poco eficaces a la hora de adaptarse al cambio social, económico y cultural[15] y sobre todo poco efectivas para dar respuestas a nuevas formas de conflicto y a nuevos problemas jurídico legales del ciudadano del siglo XXI. La apuesta por los medios extrajudiciales de resolución de conflictos son un indicador de que algo está cambiando en el modelo de Administración de la Justicia y con ello, algo debe cambiar, en los derechos fundamentales procesales vinculados a la Justicia y el justiciable. Al fin y al cabo el resultado final debe ser el mismo: hacer Justicia, esto es, dar o reconocer a cada uno lo que legalmente le corresponde.

---

[14] Véase J.F. Mejías Gómez, *La mediación…, cit.*, quien propone que desde una perspectiva teórica parecería más correcto, en la situación actual, incluir en el actual art. 24 de la Constitución española, una referencia expresa a la tutela de derechos y libertades fundamentales referido a todas las Administraciones públicas y a los institutos destinados a la resolución de conflictos mediante vías alternativas a la jurisdicción.

[15] O. Chase, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural,* Trad. Fernando Martín Diz, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 19 ss.

Podría valorarse igualmente si convendría, como paso previo, hacer una relectura constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva[16] por parte del Tribunal Constitucional, tendiendo puentes hacia la tutela efectiva de la justicia desde las bases interpretativas que el Tribunal Constitucional sentara al respecto en el ínterin hasta su incorporación constitucional. Esta relectura constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva sería sin duda el primer pilar sobre el cual asentar los mecanismos extrajudiciales de Administración de la Justicia destinados a resolver conflictos en derecho. Cabe recordar que la Constitución, en el articulado dedicado al Poder Judicial, atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional a jueces y magistrados (Poder Judicial) con exclusividad para resolver conflictos a través del proceso judicial, pero no prohíbe ni limita que determinados conflictos jurídicos puedan encontrar solución, y con ello el ciudadano obtener justicia, en sede diferente a los órganos jurisdiccionales. No en vano ya se dispone de jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional que avala la obtención de resolución al conflicto en trámites extrajudiciales previos al proceso como pueden ser la conciliación[17] o la reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre).

2. **Definición**

El derecho a la tutela efectiva de la justicia ha de ser un derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional[18] de configuración legal y que demandaría que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia.

Desde esta definición el derecho a la tutela efectiva de la justicia encajaría perfectamente con las exigencias[19] del art. 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El derecho a la tutela efectiva de la Justicia se consolidaría como la disponibilidad del ciudadano, mediante el sistema público

[16] L. Bujosa Vadell, N. Rodríguez García, «Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm., 2, 1999, pp. 1828-1840.

[17] M.J. Rodríguez Crespo, «La conciliación extrajudicial y la no obstaculización del derecho de tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Temas Laborales*, núm., 62, 2001, pp. 127-154.

[18] En la línea que lo caracteriza Torres del Moral en su obra *Derecho a la tutela judicial efectiva,* en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional,* Colex, Madrid, 2007.

[19] Así lo confirmó hace tiempo la propia doctrina del TEDH en la sentencia del caso *Deweer v. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980, analizando la conformidad de sistemas extrajudiciales de resolución de controversias con el art. 6 del CEDH.

de Administración de la Justicia, para resolver sus asuntos jurídicamente, y no en la versión, en cierto modo limitativa, que actualmente le remite al acceso a los tribunales en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, no en vano, y aquí suscribimos plenamente la posición de Ramos Méndez[20], administrar justicia no es únicamente decidir casos.

En su condición de expresión actual y renovada del concepto de acceso a la justicia, concuerdo con Marqués Cebola[21], en que pasaría a constituirse en un derecho a la realización de la justicia en el caso concreto, garantizando la igualdad[22] efectiva de las partes y la imparcialidad del medio de administración de la justicia, cualquiera que sea éste.

3. Contenido e ideas básicas

El hipotético derecho a la tutela efectiva de la Justicia se estructuraría sobre una serie de principios básicos en cuanto al acceso a la Administración de la Justicia para el ciudadano. Estos podrían ser los siguientes:

a) Derecho subjetivo público del ciudadano[23]: su condición de ser uno de los valores democráticos máximos para el ciudadano, con el mayor reconocimiento normativo posible, le situaría en la consagración del derecho de acceso a la Justicia.
b) Legalidad: sólo aquellas formas de solución del conflicto previamente reguladas por ley y con plena adecuación a las garantías y derechos constitucionales del ciudadano serían válidas para integrarse en la Administración de la Justicia.
c) Disponibilidad: el ciudadano, salvo en el caso particular de los asuntos penales en razón de la imprescindible observancia de la garantía jurisdiccional del derecho penal, podría optar libremente por la forma de solución del conflicto que considere más adecuada e idónea a sus intereses y a la tutela de sus derechos. En este sentido habría de considerarse el derecho a la tutela efectiva de la justicia analógicamente a lo que Figueruelo Burrieza[24] expresaba sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que el otorgar libertad de acceso al ciudadano para resolver conflictos debe considerarse en las sociedades civilizadas como un derecho fundamental e inalienable del individuo que no puede ser negado a nadie.

---

20 F. Ramos Méndez, *El sistema procesal español*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p. 30.

21 C. Marqués Cebola, *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 46.

22 Véase las reflexiones que sobre el derecho de acceso a los tribunales como cierre del sistema en pos de la igualdad de los derechos plantea A. Rials, *L´accès a la justice*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, pp. 9 ss.

23 A buen seguro que como uno de los derechos subjetivos más preciados del ciudadano, tal y como respecto al vigente derecho a la tutela judicial efectiva, indicó el profesor Garberí Llobregat. Véase J. Garberí Llobregat, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 18.

24 A. Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 28.

d) Mínima intervención: la intervención del Estado y los poderes públicos en la Administración de la Justicia debería ser subsidiaria de la libre autonomía de la voluntad de los ciudadanos, y su papel fundamentalmente se centraría en facilitar y poner a disposición del ciudadano un sistema de administración de la justicia (en sentido amplio y con todas las posibilidades) óptimo y con los suficientes recursos personales y materiales.

e) Efectividad: la protección jurídica de los derechos ha de otorgarse desde la integridad y el efectivo funcionamiento de la Administración de la Justicia, sin vincularla inexorablemente con la protección jurisdiccional de los derechos que dispensan jueces y magistrados sino con la consecución de una solución justa y eficaz al conflicto para el ciudadano y en la oferta de una pluralidad de posibilidades para que el ciudadano, por sí mismo, determine cuál es la más eficiente para la tutela concreta de sus derechos e intereses legítimos en cada asunto.

Tomemos seguidamente las observaciones de Pedraz Penalva[25] sobre el cotejo entre el proceso y otras alternativas para decidir conflictos. Determina el autor citado que cualquier persona, en el ejercicio de los derechos del art. 24 de la Constitución, en su consideración relativa al derecho a la jurisdicción y el derecho al proceso justo, «puede conminar al Estado a fin de que se vean jurisdiccionalmente reconocidos sus derechos e intereses legítimos en la forma jurídicamente regulada… derivado por consiguiente del monopolio jurisdiccional es el deber estatal de poner a disposición de todos los justiciables los órganos judiciales y el proceso para la protección eficaz de sus discutidos intereses». Llevados estos argumentos al terreno de un derecho fundamental a la tutela efectiva de la justicia, entiendo que la intensidad de la exigencia subjetiva que se reconoce al ciudadano para excitar la actividad jurisdiccional en cumplimiento del vigente derecho a la tutela judicial efectiva, debería ser rebajada en cuanto a que el derecho a la tutela efectiva de la justicia debería garantizar que el Estado debe estructurar y mantener la disponibilidad para el ciudadano de mecanismos legales y garantistas de tutela jurídica de sus derechos e intereses legítimos, dicha disponibilidad se cumpliría con desarrollar legalmente su implantación y funcionamiento así como la accesibilidad en condiciones de igualdad para todo ciudadano, sin obstáculos ni requisitos desproporcionados y arbitrarios.

El eventual derecho a la tutela efectiva de la justicia podría implicar de forma directa ciertas modificaciones en el calado y trascendencia de principios procesales esenciales tal y como se conciben actualmente. En ese sentido, y por ejemplo en materia procesal penal, el actual principio de necesidad, en sus vertientes de legalidad y no disponibilidad de la acción penal, si realmente el derecho a la tutela efectiva de la justicia abarcara todos

[25] E. Pedraz Penalva, «El proceso y sus alternativas», *Arbitraje, mediación y conciliación*, *Cuadernos de Derecho Judicial,* núm. XXVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp 12 y 13.

los órdenes jurisdiccionales, no podría interpretarse ni aplicarse en su situación actual, debiendo al menos matizarse, de forma similar a cómo se concibe en nuestro país vecino, Portugal, cuando se estructura la acción penal «orientada» por la legalidad pero no regida en exclusiva por dicho principio. El ciudadano ejercería el derecho en plenitud, cuestión distinta es que pudiera concedérsele esa dimensión en razón de otros intereses superiores que necesitasen de mayor protección, cuando para resolver sus conflictos en Derecho pudiera utilizar todos los medios legales, válidos y legítimos para solucionar sus disputas.

Es más, el propio marco constitucional nos ofrece otra serie de apoyos solventes al planteamiento que deducimos en este trabajo. El derecho a la tutela efectiva de la Justicia se asienta, entre otras razones, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos a la hora de elegir la vía legal que consideren más adecuada para la tutela jurídica de sus derechos e intereses legítimos. Pues bien, el art. 1.1 de la Constitución Española establece con meridiana claridad como valores superiores del ordenamiento jurídico a la libertad y a la propia Justicia, conjunción por tanto, que en nuestro caso, se asocia perfectamente a esta idea nuclear que elaboramos de que el ciudadano tenga la opción de acceder a la Justicia, y administrarla a sus asuntos, desde la libertad de elección, para lo cual se requiere, a nuestro entender, de un derecho fundamental integrador, que vaya más allá de la tutela «judicial» efectiva, y por tanto acoja, explícita o implícitamente, otras posibilidades además de la jurisdiccional, y que también estén implementadas legalmente con la finalidad de defender y tutelar jurídicamente los derechos e intereses de los ciudadanos.

Incluso, puede constatarse perfectamente esta misma idea en la propia aceptación constitucional que del arbitraje ha ido asentando en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional (desde la doctrina de referencia en la STC 176/1996, de 11 de noviembre) al disponer que: «*su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del laudo y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral pues, como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal*».

El derecho a la tutela efectiva de la Justicia podría incluso llegar a considerarse como un desdoblamiento ampliado del actual derecho a la tutela judicial efectiva, ofreciendo de

una parte el tradicional marco de protección jurisdiccional de los derechos, en la versión ya conocida del derecho a la tutela judicial efectiva, y de otra parte concediendo habilitación constitucional —indirectamente amparada por el art. 1.1 de la Constitución al proclamar la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico— a que los ciudadanos en el ejercicio de su autonomía de la voluntad[26] utilicen para la tutela de sus derechos otras soluciones legales no jurisdiccionales integradas en la Administración de la Justicia (arbitraje, mediación, conciliación u otras nuevas alternativas que puedan surgir fruto del progreso jurídico, económico, social o tecnológico).

La integración en el derecho a la tutela efectiva de la Justicia de los diferentes medios de protección jurídica de los derechos e intereses de los ciudadanos debe producirse desde la incondicional compatibilidad entre todos ellos, y sin que se predisponga legalmente la utilización obligatoria y condicional de alguno de ellos respecto al resto. Por ejemplo condicionando el acceso al proceso judicial a la celebración de una previa mediación obligatoria[27]. Como bien señala Sánchez Martín[28] «no cabe duda de que procedimiento de mediación y proceso judicial han de ser absolutamente compatibles, en el sentido de que no puede obligarse a nadie que acuda a la mediación para solventar sus controversias, pero tampoco pueden ponerse trabas a quien decida acudir a los tribunales para obtener un pronunciamiento judicial, pues ello atentaría contra la tutela judicial efectiva. No puede olvidarse que procedimiento judicial y mediación son dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, pero muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes puedan optar libremente por acudir a una u otra vía».

III. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL

Realmente una de las cuestiones que de forma tangencial se nos plantea siempre que reflexionamos sobre la situación de la Administración de la Justicia, sus crisis, mejoras, cambios de modelo y demás elementos coyunturales, es relativa a un aspecto más humano, más práctico, más directo, pero no exento de enjundia. Es la interrogante que nos formulamos sobre la demostrable concurrencia de un altísimo número de procesos judiciales en

[26] R. Herrera de las Heras, «La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo», *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, núm. 1, 2012, pp. 175-193.

[27] Recuérdese en este sentido la situación generada por el Decreto Legislativo italiano de 2010 que imponía en el sistema de justicia el recurso obligatorio a la mediación, que contravenía las disposiciones del art. 6 del CEDH y el art. 47 de la CDFUE, y que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante sentencia de 27 de junio de 2013.

[28] P. Sánchez Martín, «La mediación en la mente del legislador», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 9-15.

los cuales se observa de forma clara e indudable la ausencia de entidad legal en el conflicto. Es decir, la exigencia de tutela «jurídica» de derechos e intereses en una destacable mayoría de asuntos carece de conflictividad legal en cuestión, o la que presenta es insuficiente y nimia, para exigir la puesta a su disposición (del conflicto) de todo el complejo entramado que implica el proceso judicial y de todos los medios personales y materiales que requiere. ¿Esto es efectivo en un Estado moderno? Esta situación, *per se*, ¿garantiza al ciudadano la obtención de Justicia? Más aún, cuando el espectro de derechos e intereses legítimos de que los ciudadanos disponen es en gran parte de naturaleza disponible, sobre los cuales pueden decidir de forma libre y voluntaria en la forma que considere más adecuada para poder ejercitarlos. Constreñir al ciudadano a resolver sus conflictos en vía judicial, parece entonces un contrasentido.

Esta gestión individualizada y subjetiva de los derechos que parece ser el epicentro del modelo de Justicia del siglo XXI, es una de las razones que nos impulsa a valorar un hipotético cambio en el actual derecho a la tutela judicial efectiva y su canalización hacia la proclamación constitucional del derecho a la tutela efectiva de la justicia, en cualquiera de las formas legalmente aceptadas y reguladas por cada Estado. Con ello, el ciudadano participaría aún más directamente de la Justicia —como las Constituciones dejan preveer— y tendría verdadera y autónoma capacidad de decidir y elegir qué forma de solución del conflicto quiere para la tutela de sus derechos. Saldría a la palestra una realidad incontestable de nuestro tiempo como es la existencia de una pluralidad de opciones y la autonomía de decisión del justiciable, y que no concuerda, *stricto sensu*, con la actual proclama constitucional del art. 24.1 de la Constitución española, escorado hacia la solución judicial como teórica «única» opción.

Las opciones extraprocesales y extrajudiciales de Administración de la Justicia deben verse reflejadas en el derecho constitucional fundamental que confiera a los ciudadanos la posibilidad de obtener tutela jurídica de sus derechos legítimos. Arbitraje, mediación, conciliación u otras variantes, siempre que estén legalmente reguladas e integradas en el sistema de Justicia de un Estado, deben formar parte de un nuevo derecho fundamental más amplio que el actual derecho a la tutela judicial efectiva, al cual, a día de hoy, se ven remitidas solo de forma indirecta y analógicamente. La solución está en la evolución natural, y constitucional, hacia un derecho a la tutela efectiva de la justicia, de contenido más integrador que el que actualmente contempla nuestro art. 24.1 de la Constitución, en cuanto derecho que reconozca al ciudadano la opción de acceder a órganos jurisdiccionales, tribunales arbitrales, instituciones de mediación (jueces, árbitros, mediadores), y a cualesquiera otras formas legales extrajudiciales de resolución de conflictos, en el ejercicio de sus propios derechos y legítimos intereses.

El acceso a la Justicia, para todas sus posibles opciones y versiones, debe ser un derecho fundamental reconocido expresamente en todas las Constituciones de los Estados democráticos y de Derecho, así como en todas las proclamaciones universales sobre dere-

chos fundamentales del ciudadano. Ha de ser un derecho amplio e incondicional, y que en la situación del actual modelo de Justicia confiera al ciudadano capacidad de elección respecto a la vía de resolución de conflictos que considera más adecuada y oportuna para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. Al Estado, como contraparte de la tutela de este derecho, le debiera corresponder el desarrollar legislativamente tanto la vía jurisdiccional (mayoritariamente ya implantada y consolidada) como los medios extrajudiciales, conformando con ello una Administración de la Justicia integral y de servicio público. Quizá en esta última circunstancia debiera irse atisbando otro cambio en el sistema, el cambio hacia el modelo de tribunales multipuertas en los cuales, como lugar de referencia del servicio público de Administración de la Justicia, estuviesen ubicados y a disposición del justiciable todas las opciones de justicia que el sistema le ofrece (proceso judicial, arbitraje, mediación, conciliación, ADR de segunda generación…).

Finalmente hemos de hacer constar que las expectativas del presente trabajo han de ser modestas y realistas. No planteamos otra cosa que no sea, ahora mismo, una aproximación a una evolución que consideramos positiva y realizable, sobre todo para el ciudadano y para la protección jurídica de sus derechos. Es decir, la transición incipiente del actual derecho fundamental a la tutela judicial efectiva hacia un derecho más amplio e integrador, pero igualmente con rango de derecho fundamental y con un contenido eminentemente garantista, como sería el derecho a la tutela efectiva de la Justicia. Pudiera ser que ya quede menos para que sea una realidad y no una hipótesis. La Constitución no es un ser estático y perenne, sino que ha de ser un texto con vida y dinamismo, en cuyo ideal de virtud ha de estar presente en todo momento su adaptación constante a la realidad social, económica y cultural para cuyos integrantes ha de ordenar, desde el marco jurídico, su pacífica convivencia.

TITLE

FROM THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE TOWARDS THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY FOR JUSTICE

SUMMARY

I. Changing the model of justice. II. From the fundamental right to access to justice towards the right to an effective remedy for justice: 1. Creating or reconfiguration? 2. Definition. 3. Contents and basic principles. III. Final position.

KEYWORDS

Access to justice; Fundamental Rights; Procedural law; ADR.

ABSTRACT

This paper provides an evolution of the current concept of the fundamental right to access to Justice towards a new, and more inclusive, version: the right to an effective remedy for Justice. The current model of Justice has expanded

to extrajudicial forms of Justice that exceed, in this sense, the traditional conception of the right to access to Justice as a fundamental right linked to obtaining justice through the judicial process. The introduction of solutions such as arbitration, mediation or conciliation into the Administration of Justice requires redefining the current right to access to Justice in a broader fundamental right that allows citizens select the solution of their disputes through the various dispute resolution options that are legislated.

Fecha de recepción: 18/04/2014 Fecha de aceptación: 06/06/2014