

INSTITUTO PACÍFICO

Actualidad

Civil

Al día con el Derecho

CIVIL • PROCESAL CIVIL • REGISTRAL • INMOBILIARIO

ISSN 2313-4828 (impresa)

ISSN 2415-2277 (en línea)

Febrero 2017 / Número 32 / Año 3



DERECHO DEL CONSUMIDOR



DERECHO DEL CONSUMIDOR

CONTENIDO

Doctrina práctica

Resolución alternativa de conflictos entre cultura, normas y tutela del consumidor en Europa

Rocco Favale..... 319





DOCTRINA PRÁCTICA

Resolución alternativa de conflictos entre cultura, normas y tutela del consumidor en Europa*

Rocco Favale**

Universidad de Camerino

SUMARIO

1. Desglose del título. — 2. Resolución. — 3. Alternativa (adecuada y amistosa). — 4. Controversia. — 5. Cultura. — 6. Reglas. — 7. Consumidor. — 8. Conclusiones. — 9. Referencias bibliográficas.



RESUMEN

Se reflexiona sobre si: ¿los instrumentos alternativos de conflictos son eficaces e idóneos?, ¿la autodeterminación contractual de las partes y el imprevisibilidad de los veredictos son causas de la decadencia de los ADR?, ¿los países miembros de la UE tienen como regla obtener una solución judicial?, entre otras interrogantes.

Palabras clave: Nexo relacional / Auto-determinación contractual / Privatización de la justicia

Recibido: 07-02-16

Aprobado: 08-02-17

Publicado en Línea: 22-02-17



ABSTRACT

It reflects on whether: the alternative instruments of conflict are effective and appropriate? ¿Are the contractual self-determination of the parties and the unpredictability of the verdicts the causes of ADR's decline? Do the EU member states have as a rule obtain a judicial solution?, among others.

Keywords: Relational nexus / Contractual self-determination / Justice's privatization

Title: Alternative resolution of conflicts between culture, norms and consumer protection in Europe

Author: Rocco Favale

* El autor agradece a la doctoranda Irene Bruzón Cid haberse dedicado a la traducción española de esta contribución.

** Profesor ordinario de Derecho Privado Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino (Italia).

1. Desglose del título

La siguiente investigación se propone desmontar el título presentado en el convenio, con el fin de verificar los diversos caminos argumentativos tomados por las distintas corrientes de pensamiento.

2. Resolución

Un estudio diacrónico del fenómeno¹ pone en evidencia cómo en otros modelos jurídicos, el objetivo no es la resolución en sí, sino la solución del conflicto sin dejar sombras en las relaciones jurídicas anteriores de los interesados. Tal argumento se verá más adelante, cuando se trate el fenómeno de la cultura (§ 5).

3. Alternativa (adecuada y amistosa)

El fenómeno ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o sea la resolución alternativa de conflictos, dentro del problema de la justicia, se encuadra no ya como un instrumento alternativo, sino como algo que se adecua a las exigencias de los interesados, como ocurre en el sistema jurídico americano *multidoor*².

1 La observación diacrónico-comparativa se presenta útil para el fenómeno de los instrumentos conciliadores, y sobre esta, resultan muy ventajosas las pautas de CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Il metodo comparativo*, traducción de Procida Mirabelli di Lauro, Milano: Torino, 2000, pp. 28 y ss.

2 El tribunal, se convierte en “una *multidoor court-house*, o sea un centro de resolución de conflictos a “más puertas”, donde cada una de las puertas corresponde –idealmente– a un proceso diverso puesto a disposición de

La ADR se convierte en amistosa en aquellos sistemas más extremos, como el japonés, que hoy vive de un modo distinto el problema de acceso a la justicia³.

Del modelo de Japón, se importa la idea de una alternativa invertida: siendo la conciliación la regla general, el proceso puede ser definido como alternativo a la mediación⁴.

4. Controversia

Para comprender el fenómeno de los instrumentos informales de resolución de conflictos podría ser útil volver a examinar y considerar el conflicto no como un evento social patológico⁵, sino

los usuarios de los servicios del tribunal” (DE PALO, Giuseppe, “Il “movimento ADR” negli Stati Uniti”, en *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*, Milano: Giuffrè, 2009; COSI, Giovanni, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 5-2). La denominación *multidoor courthouse* encuentra su origen en el famoso escrito de SANDER, Frank, “Varieties of Dispute Processing”, en *Federal rules decisions 111*, vol. 70, New York: 1976.

3 COLOMBO, Giorgio Fabio, “La promozione dell’ADR nel Giappone contemporaneo. Riflessioni critico-quantitative sulla litigiosità giapponese”, en *Annuario di Diritto Comparato*, Padova: 2012, pp. 397 y ss.

4 ASÍ, Y. TANIGUCHI, Yasuhei y Aya YAMADA, “I metodi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone”, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 274.

5 COSI, Giovanni, “La gestione dei conflitti”, en *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, por R. Favale y M. Gambini, Napoli: ESI, 2013, pp. 24 y ss., pone en evidencia como “en las sociedades contemporáneas las profesiones de hecho se presentan sobre todo como profesionales de la patología”.

como un fenómeno fisiológico, a veces, incluso de valor positivo⁶.

El conflicto, como resultado de opiniones diversas respecto a un problema, no asume necesariamente una connotación negativa⁷. De hecho, puede conseguir evitar un desacuerdo irremediable que excluya cualquier posibilidad de comunicación⁸.

En el conflicto existe un nexo relacional: cada uno es consciente de existir cuando se encuentra frente a un adversario, cuya confrontación consiente descubrir los límites y las posibilidades de cada litigante; de ahí el recíproco respeto.

IMPORTANTE

En el conflicto existe un nexo relacional: cada uno es consciente de existir cuando se encuentra frente a un adversario, cuya confrontación consiente descubrir los límites y las posibilidades de cada litigante; de ahí el recíproco respeto.

6 Según COSÌ, *La gestione dei conflitti*, ob. cit., pp. 25 y ss., el conflicto puede representar ocasión de confrontación y no siempre de “desacuerdo insanable”.

7 A propósito, MORINEAU, Jacqueline, *L'esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne: Eres, 1998, pp. 31 y ss.

8 Para la diferencia entre conflicto y desacuerdo v. RESTA, E., “Il giudice e i suoi conflitti”, en *Giustizia e procedura*. Atti del XXII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 189 y ss.

El enemigo, por su parte, justifica la lucha hasta la rendición y, por ello, la existencia de uno impide la existencia del otro. Desde esta perspectiva, se sitúa en el resultado exitoso del juicio, donde la decisión sigue el modelo victoria/derrota.

Al final del proceso, al abogado se le pregunta si ha ganado o perdido el caso, no si ha aplicado el mejor derecho posible consentido por las circunstancias.

No cuenta tanto el conflicto, sino su gestión: “es obvio que una sociedad puede estar minada profundamente por una mala gestión de conflictos. Pero hay que subrayar que, mala es la gestión, no el conflicto en sí. Este, es un *hecho*, un evento, un fenómeno neutral: son nuestras valoraciones, nuestras maneras de plantearlo lo que lo califican y convierten en útil o inútil, positivo o negativo, y semejantes”⁹.

5. Cultura

La ADR refleja las culturas en las cuales se desarrolla, pero a la vez contribuye a modelar las mismas culturas en las que opera¹⁰. Este delicado análisis, como el estudio comparado, sincrónico y diacrónico, demuestra la variabilidad del concepto de justicia según los dis-

9 COSÌ, “Il giudice e i suoi conflitti”, ob. cit., p. 29.

10 CHASE, Oscar, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, editado por M.R. Ferrarese, Bari: Laterza, 2009.

tintos lugares¹¹, en los cuales al proceso se le superponen remedios idóneos para el cumplimiento de una *justice in many rooms*¹².

En la dimensión diacrónica, el fenómeno ADR en el siglo transcurrido ha atraído la atención de la literatura jurídica mundial por la convicción de que el instrumento pudiese representar el remedio a todos los males del proceso judicial, como la lentitud, los costes, el exceso de formalismos, o la insuficiencia a la hora de satisfacer los intereses de las partes.

IMPORTANTE

En los distintos ordenamientos existen jueces —como sucede en el sistema peruano— que no tienen la capacidad de garantizar una solución al conflicto distinta del proceso si no es involucrando a un tercer sujeto externo; al contrario, en otros modelos jurídicos —por ejemplo Francia o Alemania— es el mismo juez el que motiva el final de la disputa con una conciliación entre las partes.

El origen de la difusión moderna de instrumentos o métodos alternativos de resolución de conflictos, reside en los Estados Unidos, en los años setenta del pasado siglo; y estuvo determinada en modo prevalente por motivos que tuvieron que ver con el fenómeno de la denominada *litigation explosion*¹³. Esto supuso grandes esperas y elevados costes de gestión, los cuales, sobre todo en un sistema de libre mercado como el americano, iban a menoscabar la competitividad global del sistema jurídico¹⁴.

Diversas y complejas eran las causas de esta decadencia patológica. En primer lugar, el aumento de legislación estatal en materia, hasta entonces tradicionalmente dejada a la autodeterminación contractual de las partes como prueba de que casi siempre existe una relación directa, y no inversa, entre la cantidad de normas de un ordenamiento y la cantidad de controversias. En segundo lugar, el carácter imprevisible de los veredictos emanados del jurado popular: el *trial by jury*, base de los derechos de libertad americanos, presenta un gran riesgo de manipulación de la definida verdad procesal, además de ser propenso a indemnizaciones definitivamente exa-

11 Para una sugestiva visión sobre el tema v. CADDIET, Loïc, “I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità”, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 72 y ss.

12 BESSO, Chiara, “Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie”, en *La mediazione civile e commerciale*, editado por C. Besso, Torino: Giappichelli, 2010, p. 1 y ss.

13 Útil, a propósito, R.L. ABEL, Richard, *The Politics of Informal Justice*, New York: Academic Press, 1982, p. 1 y ss.; MATTEI, Ugo, *Il modello di common law*, 4.ª ed. con la colaboración de E. Ariano, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 131 y ss.

14 Un cuadro general del movimiento del ADR lo ofrece la clásica obra de AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law*, New York: Oxford University Press, 1983.

geradas. Por último, el aumento exponencial del número de profesionales en ámbito legal, que se ha convertido en un auténtico problema social: actualmente, los abogados americanos ascienden a más de un millón; pueden hacerse publicidad y solicitar clientela; trabajando normalmente en base a honorarios resultado del litigio (il *contingent fee*); cuyas consecuencias son fáciles de imaginar¹⁵.

Si bien es cierto que la sociedad americana es la más activa del planeta jurídicamente, en lo que al número de litigios se refiere¹⁶, los operadores jurídicos americanos se están orientado a una perspectiva, desde la cual, los métodos ADR y los métodos “tradicionales” conviven sin encontrar una solución de continuidad: a la hora de estipular contratos, es normal introducir la cláusula final de los tres pasos, o *three steps* —*mediation, arbitration y litigation*— a seguir en caso de conflicto. La “A” de ADR ya no significa ‘alternativo’, sino simplemente “adecuado” a la circunstancia y al tipo de conflicto que hay que resolver (la mediación no trata solo de conflictos “menores”: por ejemplo, la resolución del contrato de colaboración en el 2005 entre FIAT y General Motors, que por

un valor de casi 2500 millones de dólares, fue llevada a cabo a través del método de la mediación en poco más de un mes).

Nace el movimiento de la *informal justice*, que no pretende *sostituire* los métodos legal-oficiales de resolución de conflictos: más bien su objetivo era el de *combinare* los instrumentos alternativos a los clásicos y redistribuir las competencias en función del tipo de conflicto a tratar.

Desde la antropología jurídica llega una contribución fundamental en cuanto a la justificación la informalidad. Las investigaciones tradicionales han redimensionado el aspecto central de los modelos legales y judiciales dominantes en las sociedades modernas avanzadas tecnológicamente, mostrando cómo los procesos informales de resolución de conflictos —en particular la mediación y la negociación— han sido utilizados durante mucho tiempo por un gran número de culturas.

Con sus datos, la antropología ha contribuido a hacer surgir serias dudas acerca del supuesto papel pacificador del Estado, demostrando como las distintas experiencias de solución informal de disputas —y en particular las conciliadoras-cooperativas— constituyen un fenómeno originario y universal por su interculturalidad: desde África hasta Rusia, desde Japón a Sudamérica, innumerables ejemplos ilustran las ventajas de la informalidad. Pasamos de sociedades muy simples, con características preestatales, a situaciones de antiguas organizaciones y de culturas complejas como la china o la japonesa.

15 Un cuadro exhaustivo de la situación de los Estados Unidos lo ofrece CHASE, Oscar, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 129 y ss.

16 GALANTER, Marc, “A Glimpse at America”, en *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 187.

Uno de los casos clásicos de la literatura antropológica es seguramente el de los Nuer sudaneses, estudiados por Evans-Pritchard, y el de su “jefe con piel de leopardo”.

Se trata de un personaje autoritario que, en ausencia de cualquier poder público se rige por un sistema de regulación de conflictos alternativo a la venganza, fundado en el buen hacer de las partes y marcado por una serie de reglas y rituales¹⁷. El “jefe con la piel de leopardo” no es una *autoridad* política; es solo un personaje *autoritario* (influyente) que emplea su carisma para favorecer una solución mediada del conflicto, aprovechando los valores sociales compartidos por los contendientes. Y ello demuestra como la modernidad de los instrumentos de justicia informal es solo supuesta.

Es sobre todo desde el extremo oriente de donde llegan las imágenes de un auténtico y verdadero otro mundo del derecho y de las relaciones sociales.

IMPORTANTE

[...] la UE, que por tradición protege al consumidor mediante sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias, en el ámbito de los ADR cambia la ruta, pidiendo a los Estados miembros que eviten la solución judicial, ofreciendo una justicia *cheap and swift*.

17 EVANS-PRITCHARD, E.E., *The Nuer: a Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*, London: Oxford, 1940.

En la tradición confucionista existe la idea de que el buen gobierno depende de quien gobierne, más que de las leyes y normas de gobierno, y que un país debería estar *regido* por *élites* de una demostrada moralidad.

Según la forma de pensamiento planteada, el derecho no queda excluido, viene considerado un método de regulación social extremadamente rudimentario. En lugar de la ley y el juicio, se prefieren, con diferencia, el compromiso y la conciliación, ya que hace falta diluir, más que resolver los contrastes¹⁸.

En las sociedades occidentales, el derecho se ve de un modo individualista-subjetivo: es *mi* derecho, en contra del ajeno; a veces, incluso contra el Estado. Sin embargo, una de las principales características de la tradición cultural confucionista consiste en exaltar los *deberes* del individuo, más que sus derechos: es una concepción antigua —prepersonalista, se la podría definir— profundamente antiindividualista y antiemocionista, según la cual, el individuo no es un sujeto completamente independiente, sino sólo uno de los componentes del “grupo” (desde la familia, hasta la nación), llamado a cumplir el propio deber según un *orden* basado en principios inalterables, más que a reclamar sus propios derechos. Se puede tener entonces, una vida “perfecta” solo si se cumple bien

18 Para el modelo chino, cfr. TIMOTEO, M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese, en L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007, pp. 301 y ss.

el propio deber; el cual cambia según la posición que se ocupe en la sociedad.

Desde este punto de vista, se justifica la búsqueda de la armonía y el desprecio por el litigio: “yo soy igual a los otros en los conflictos, dado que tiendo a evitarlos”. Durante más de dos mil años los chinos, por arraigada tradición, han considerado la disputa como un error que hay que evitar a toda costa, y los tribunales como lugares perniciosos.

Todavía es necesario precisar que las analogías entre las formas antiguas o tradicionales y las técnicas modernas de mediación son más aparentes que reales; y que si se sobrevaloran, pueden resultar engañosas. Se trata, de hecho, de instrumentos cuyo objetivo no era tanto el de resolver, sino el de disolver el conflicto, en nombre de la conservación de un orden y de una ética grupal, presumibles absolutamente como compartidos. La mediación tradicional presupone una situación de un profundo conformismo cultural, en el que sea posible hacer referencia a normas de fuente “superior” (generalmente no humana) con el fin de efectuar presión, en vista de una solución preconstituida del conflicto. La mediación moderna se introduce en un sistema de libertad y responsabilidad individuales que opera en un contexto de gran diferenciación cultural; donde no hay valores universalmente compartidos o principios de autoridad a los que atenerse; donde los sujetos normalmente no tienen en común más que el conflicto en el que se encuentran involucrados. Donde la mediación no puede ser más

que una *elección* basada en la responsabilidad personal; y el mediador tiene que actuar necesariamente con un método racional-neutral¹⁹.

Como suele pasar, el exceso de entusiasmo y de optimismo se sustituye con la duda y el escepticismo radicales. El fenómeno mediatorio va interpretado según distintos puntos de vista: a) como instrumento dirigido a satisfacer los intereses de las partes en conflicto; b) como mecanismo orientado a perseguir un objetivo de justicia social; c) como un artilugio de opresión social que garantiza el poder del más fuerte a costa del daño del más débil; d) como oportunidad de transformación social.

Cada punto de vista tiene sus puntos fuertes y sus puntos débiles. De cualquier forma, está claro que una mediación insatisfactoria no produce ninguna mejora en las relaciones interpersonales, y que en perspectiva puede resultar un instrumento de opresión.

Por contra, una buena mediación puede mejorar y “transformar” positivamente los sujetos que han participado, pudiendo resultar un instrumento de “emancipación” social.

6. Reglas

La atención que los legisladores dedicaban al problema de la justicia,

19 Para observaciones interesantes, v. en el capítulo sobre la mediación, la contribución de Cosi, Giovanni, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Torino: Giappichelli, 1998, pp. 335 y ss.

cambió de forma repentina con el famoso proyecto *Accesso to justice* de Mauro CAPPELLETTI, que vio la luz en Florencia a finales de los años setenta²⁰.

El proyecto individúa tres ondas (*waves*), entre las cuales se distingue la tercera²¹ —denominada *access-to-justice approach*— dirigida a la simplificación de los procesos y a la creación de alternativas a la justicia de los tribunales (justicia bagatela, justicia laica, organismos con funciones parajudiciales) destinadas a integrar y no a excluir la justicia oficial. La crisis del estado social, con su consecuente precariedad de fuentes financieras, se orienta hacia la tercera onda²².

El fenómeno ADR asume un papel significativo entre la mayor parte de los productos jurídicos, sobre todo por el aumento de demanda de justicia, además de por las numerosas deficiencias de la justicia estatal, frecuentemente costo-

sa, incierta, ineficaz y a veces, también inadaptada en algunos sectores.

Aunque el desarrollo de los instrumentos alternativos, implica conseguir objetivos eficientes y no tantos representar una justicia adecuada en determinados sectores y para controversias de una cierta peculiaridad.

En los distintos ordenamientos existen jueces —como sucede en el sistema peruano— que no tienen la capacidad de garantizar una solución al conflicto distinta del proceso si no es involucrando a un tercer sujeto externo; al contrario, en otros modelos jurídicos —por ejemplo Francia o Alemania— es el mismo juez el que motiva el final de la disputa con una conciliación entre las partes.

IMPORTANTE

La *class action*, si no se contempla necesariamente como un mecanismo del *American Exceptionalism*, podría representar un instrumento adecuado de *access to justice* a tutela del consumidor, sobretodo acompañado de las figura *discovery*, del *contingent fee agreement* y del *non-compensatory damage*, que hacen de la acción de clase algo muy eficaz.

Las intervenciones legislativas de carácter nacional solicitadas por la UE en materia de ADR, con el fin de responder a necesidades siempre más importantes de tener justicia, o sea, a perseguir la filosofía de la tercera onda, en realidad,

20 CAPPELLETTI, Mauro, *Access to Justice and the Welfare State*, vol. I-IV, Milano: Giuffrè, 1978-1979.

21 La primera onda concierne las experiencias de *legal aid*, dirigidas a superar las potenciales exclusiones económicas que desmotivan a muchas personas a acceder a los tribunales; la segunda onda, sin embargo, se dirige a reestructurar algunos derechos o intereses colectivos no suficientemente tutelables en ausencia de una transformación de las reglas y de las instituciones tradicionales del derecho procesal, como la cuestión de las *class actions*.

22 DE PALO, Giussppe; Leonardo D'URSO y Dwight GOLANN, *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano: Giuffrè, 2010, pp. 3 y ss.

las modalidades estructurales y organizativas del dispositivo parecen adoptar una filosofía distinta de la desmotivación, excluyendo progresivamente el camino de la justicia ordinaria.

7. Consumidor

La UE ha invertido mucho en el instrumento del ADR y es de conocimiento público ello que los datos estadísticos sobre el impacto de la Directiva N.º 2008/52 no han sido motivadores.

La reciente Directiva N.º 2013/11 a pesar del tranquilizador considerando sobre el derecho a la justicia ordinaria²³, no acaba con los temores de un intento del legislador europeo dirigido a limitar cuanto sea posible el acceso a los tribunales.

23 “El derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial son derechos fundamentales previstos en el art. 47 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Por tanto, el objetivo de los ADR no debería ser, ni el de sustituir los procesos judiciales ni el de privar a los consumidores o profesionales del derecho a dirigirse a los órganos jurisdiccionales. Es oportuno que la presente directiva no contenga ningún elemento que pueda impedir a las partes el ejercicio del derecho de acceso al sistema judicial. En los casos en los que el conflicto no pueda ser resuelto a través de un proceso ADR, cuyo éxito no sea vinculante, sería deseable que a las partes no se les impidiese establecer un procedimiento judicial en relación a tal controversia. Los Estados miembros deberían tener la posibilidad de elegir los medios apropiados para conseguir dicho objetivo. Estos, deberían poder prever, entre otras cosas, que los plazos de prescripción o expiración no venzan durante un proceso ADR” (considerando n.º 45).

De un modo sorprendente, la UE, que por tradición protege al consumidor mediante sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias, en el ámbito de los ADR cambia la ruta, pidiendo a los Estados miembros que eviten la solución judicial, ofreciendo una justicia *cheap and swift*. Según los estudiosos más atentos, las técnicas ADR no pueden garantizar un nivel de *enforcement* (actuación) del derecho más elevado, de hecho en los países cuyo sistema de justicia sea virtuoso, puede mermarlo. Probablemente, las controversias de los consumidores, por sus características sobre todo de escaso valor, constituyen el terreno ideal de una tutela colectiva fundada no tanto en el *opt-in* como en el *opt-out*.

La *class action*, si no se contempla necesariamente como un mecanismo del *American Exceptionalism*, podría representar un instrumento adecuado de *access to justice* a tutela del consumidor, sobretodo acompañado de las figura *discovery*, del *contingent fee agreement* y del *non-compensatory damage*, que hacen de la acción de clase algo muy eficaz.

8. Conclusiones


Después de las consideraciones expresadas, no se podrá pasar por alto algunos puntos concluyentes.

No es oro todo lo que reluce respecto al fenómeno del ADR: a las supuestas ventajas de mayor rapidez y flexibilidad, de menores costes, de confidencialidad, de la continuidad de buenas relaciones entre las partes; deben agregarse temores

concernientes a los riesgos de prevaricación de la parte más fuerte sobre la más débil, de falta de respeto de las garantías fundamentales del justo proceso, de garantías adecuadas sobre la profesionalidad, competencia imparcialidad del órgano judicial, de atenuación del significado social de aplicación del derecho.

Parte de la doctrina habla a propósito de ADR *industry*, de privatización de la justicia, de una justicia de serie menor; resumiendo, se tiene la sospecha de que el ADR se transforme en un instrumento que invierta el problema del acceso a la justicia limitando en la medida de lo posible el acceso a los tribunales²⁴.

No era este el intento de la tercera onda, enfocada a mejorar el acceso a los tribunales, sin embargo, como subrayan algunos “el ADR podría ser el caballo de Troya que ha penetrado los muros de la justicia”²⁵, un artilugio no de complemento, sino sustituto del proceso ordinario. De ser así, conseguirá la inmediata explosión del sistema jurídico y de todas las garantías constitucionales desarrolladas en el siglo pasado. A fin de cuentas, no se trata de “una mejora del acceso a

la justicia, sino [...] una deliberada fuga de la justicia”²⁶. 

9. Referencias bibliográficas

- ABEL, Richard, *The Politics of Informal Justice*, New York: Academic Press, 1982.
- AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law*, New York: Oxford University Press, 1983.
- BESSO, Chiarra, “Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie”, en *La mediazione civile e commerciale*, editado por C. Besso, Torino: Giappichelli, 2010.
- CADIET, Loïc, “I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità”, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Access to Justice and the Welfare State*, vol. I-IV, Milano: Giuffrè, 1978-1979.
- COLOMBO, Giorgio Fabio, “La promozione dell'ADR nel Giappone contemporaneo. Riflessioni critico-quantitative sulla litigiosità giapponese”, en *Annuario di Diritto Comparato*, Padova: 2012.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Il metodo comparativo*, traducción de Procida Mirabelli di Lauro, Milano: Torino, 2000.
- COSÌ, Giovanni, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Torino: Giappichelli, 1998.
- COSÌ, Giovanni, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano: Giuffrè, 2007.
- COSÌ, Giovanni, “La gestione dei conflitti”, en *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, editado por R. Favale y M. Gambini, Napoli: ESI, 2013.
- CHASE, Óscar, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, editado por M.R. Ferrarese, Bari: Laterza, 2009.
- 24 En este sentido, MATTEI, Ugo, “Access to Justice. A Renewed Global Issue?”, en BOELE, K.; W. & S. VAN ERP, *General Reports to the XVII Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 385.
- 25 LINDBLOM, P.H., “La risoluzione alternativa delle controversie. L'oppio del sistema giuridico”, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 233.
- 26 LINDBLOM, *La risoluzione alternativa delle controversie. L'oppio del sistema giuridico*, ob. cit., p. 223.

- CHASE, Óscar, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007.
- DE PALO, Giuseppe, "Il "movimento ADR" negli Stati Uniti", en *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*, Milano: Giuffrè, 2009.
- DE PALO, Giuseppe; Leonardo D'Urso y Dwight GOLANN, *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano: Giuffrè, 2010.
- EVANS-PRITCHARD, E.E., *The Nuer: a Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*, London: Oxford, 1940.
- GALANTER, Marc, "A Glance at America", en *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*, Milano: Giuffrè, 2009.
- LINDBLOM, P.H., "La risoluzione alternativa delle controversie. L'oppio del sistema giuridico", en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007.
- MATTEI, Ugo, "Access to Justice. A Renewed Global Issue?", en BOELE, K.; W. & S. VAN ERP, *General Reports to the XVII Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles: Bruylant, 2007.
- MATTEI, Ugo, *Il modello di common law*, 4.ª ed. con la colaboración de E. Ariano, Torino: Giappichelli, 2014.
- MORINEAU, Jacqueline, *L'esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne : Eres, 1998.
- RESTA, E., "Il giudice e i suoi conflitti", en *Giustizia e procedure*. Atti del XXII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano: Giuffrè, 2002.
- TANIGUCHI, Yasuhei y Aya YAMADA, "I metodi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone", en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007.
- TIMOTEO, M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, en *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 2007.
- SANDER, Frank, "Varieties of Dispute Processing", en *Federal rules decisions 111*, vol. 70, New York: 1976.

