

ACCESO A LA JUSTICIA Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS COMO "FILTRO" DE LA JURISDICCIÓN*

MARIA ANGELA ZUMPARO

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Primeras aplicaciones de la garantía de acceso a la justicia.* 3. *Arbitraje.* 4. *Negociación asistida por abogados.* 5. *Mediación civil y comercial.* 6. *Conclusión.*

RESUMEN: El artículo trata sobre la compatibilidad entre el derecho de acción, garantizado constitucionalmente, y la imposición de "filtros" para el acceso jurisdiccional en el ordenamiento italiano, con especial atención al empleo legislativo de medios de resolución alternativos como formas de sustracción *ex lege* de la jurisdicción o como condiciones de procedibilidad de la demanda judicial. Luego de una breve introducción sobre el significado de acceso a la justicia y sus primeras aplicaciones por parte de la Corte Constitucional, la autora examina el régimen de los principales instrumentos de resolución alternativa respecto al proceso, deteniéndose en el análisis del arbitraje, la negociación asistida por abogados y la mediación civil y comercial. En particular son tenidas en cuenta las hipótesis en las cuales la ley dispone que alguno de dichos instrumentos sea aplicado obligatoriamente antes del juicio como condición de pro-

* Traducción del italiano de David Fabio Esborraz.

cedibilidad, también a la luz de los principios enunciados por la Corte Constitucional. Como conclusión del análisis emerge, por un lado, que resulta difícil conciliar dichas hipótesis con las garantías previstas por la Constitución, y, por otro, que el legislador italiano tiende a usar dichos instrumentos con finalidad de descongestionar el aparato judicial más que como un válido complemento de la protección de los derechos.

ABSTRACT: L'articolo tratta della compatibilità fra il diritto di azione costituzionalmente garantito e l'imposizione di filtri all'accesso giurisdizionale nell'ordinamento italiano, con speciale riguardo all'impiego legislativo dei mezzi di risoluzione alternativi come forme di sostituzione ex lege della giurisdizione o come condizioni di procedibilità della domanda giudiziale. Dopo una breve introduzione sul significato di accesso alla giustizia e sulle sue prime applicazioni da parte della Corte costituzionale, l'autore esamina la disciplina dei principali strumenti di risoluzione alternativa in relazione al processo, soffermandosi sull'arbitrato, sulla negoziazione assistita dagli avvocati e sulla mediazione civile e commerciale. In particolare vengono prese in considerazione le ipotesi in cui la legge prescrive che alcuno di tali strumenti sia obbligatoriamente sperimentato prima del giudizio come condizione di procedibilità, anche alla luce dei principi enunciati dalla Corte costituzionale. A conclusione dell'analisi emerge, da un lato, che risulta difficile conciliare quelle ipotesi con le garanzie approntate dalla Costituzione; dall'altro, che il legislatore italiano tende a usare tali strumenti in funzione deflattiva del carico giudiziario piuttosto che a farne un valido complemento del sistema di tutela dei diritti.

ABSTRACT: The Article deals with the compatibility of the right of action guaranteed by the Constitution and the provision of a filter for settling a legal proceeding into the Italian law, especially relating to the Alternative Disputes Resolutions as ex lege substitutes of jurisdiction or as conditions for entertaining the application in Court. After a short introduction about the meaning of access to justice and its initial applications by the Constitutional Court, the author examines how the most important Alternative Disputes Resolutions are ruled in relation to the court proceeding, with focus on arbitration, collaborative law and mediation in civil and trade matters. In particular, the author focuses on the events where law prescribes that a few of

those instruments must be mandatorily tried prior to initiating certain kinds of civil cases, also in light of the principles enunciated by the Constitutional Court. The analysis concludes that on one side it is difficult to conciliate such provisions with the guarantees provided for by the Constitution; on the other side, the Italian legislator tends to use such tools to deflate the judicial proceeding rather than as an efficient addition to the right protection system.

PALABRAS CLAVE: acceso a la justicia, MASC, condiciones de procedibilidad, mediación y negociación asistida, prejudicialidad obligatoria, legitimidad constitucional.

PAROLE CHIAVE: accesso alla giustizia, mezzi di risoluzione alternativi, condizioni di procedibilità, mediazione e negoziazione assistita, pregiudizialità obbligatoria, legittimità costituzionale.

KEYWORDS: access to justice, ADR, mediation and collaborative law, conditions for entertaining the application in Court, Constitutional legitimacy.

1. INTRODUCCIÓN

En Italia el derecho de acceso a la justicia se vincula a la afirmación del Estado de derecho y a las garantías aseguradas por el Estado liberal, que lo configura como una prerrogativa fundamental del individuo. Inmediatamente después de la reconstrucción que siguiera al segundo conflicto mundial y a la derrota del régimen fascista autoritario, los Constituyentes consideraron necesario enunciar solemnemente este principio, principalmente para impedir que el ciudadano pueda ser privado de protección frente a los poderes públicos. Existe, por lo tanto una estrecha vinculación entre el derecho a accionar en juicio proclamado en el ámbito de los derechos (y deberes) del ciudadano¹

¹ La referencia es sobre todo al artículo 24 de la Constitución republicana de 1948 (*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi* /

y las normas, contenidas en la parte dedicada al ordenamiento de la República, que disponen la independencia de la magistratura respecto a todo otro poder público y la prohibición de excluir o limitar la protección jurisdiccional para algunas situaciones subjetiva o para ciertas categoría de actos.² En efecto, el acceso a la justicia significa derecho incondicionado de dirigirse al juez en cuanto expresión del Estado democrático y garante del mismo. De ello se desprende la importancia de la función jurisdiccional y de los órganos respectivos, encargados de asegurar la observancia de las normas jurídicas, sancionado las violaciones de las mismas para garantizar el orden civil y la convivencia pacífica. Para remarcar la importancia también política del principio cabe señalar, además, la extensión de dicha garantía a cualquiera, prescindiendo de la nacionalidad y de las condiciones personales y

Todos pueden accionar en juicio para la protección de sus propios derechos e intereses legítimos) al cual ha seguido, en el ámbito internacional, el artículo 6 de la Convención europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales suscripta en Roma en 1950 (Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei / Toda persona tiene derecho a una équa y pública audiencia dentro de un plazo razonable, por ante un Tribunal independiente e imparcial y establecido por ley, que decidirá tanto en materia de controversias sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella).

² Respectivamente: artículo 101 (*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge / La justicia es administrada en nombre del pueblo. Los jueces están sujetos sólo a la ley*, artículo 104 (*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere/La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder*) y artículo 113, Const. (*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale di diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti / Contra los actos de la Administración Pública está admitida siempre la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios o administrativos. Dicha protección jurisdiccional no puede ser excluida ni limitada a ciertos medios de impugnación o para determinadas categorías de actos).*

sociales (artículo 24, párrafo 1, Const.: *tutti possono... todos pueden...*) y el compromiso del Estado de hacerse cargo de la asistencia económica de los sujetos más necesitados para que estos no sean discriminados cuando deban accionar o defenderse en juicio (artículo 24, párrafo 3, Const.: *Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione / Están asegurados a las personas sin recursos, con instrumentos adecuados, los medios para accionar ante cualquier jurisdicción*).³

A casi 70 años de su afirmación más solemne, el derecho de accionar en juicio se encuentra hoy fuertemente arraigado en el ordenamiento italiano, de tal manera que, por lo menos en sus líneas esenciales, no es posible ya de ponerlo en discusión. La garantía según la cual cualquier persona puede dirigirse al órgano jurisdiccional para la protección de sus propias situaciones subjetivamente reconocidas por el derecho sustancial no implica, para el Estado, solamente un preciso deber de poner a disposición el servicio de justicia, removiendo contemporáneamente todo obstáculo de carácter económico y social que pueda comprometer su utilización, sino que comporta también la imposibilidad de emanar disposiciones que, por vía directa o indirecta, terminen por inhibir o por limitar significativamente el acceso al mencionado servicio. En otras palabras, cada vez que una disposición legal contemple el reconocimiento de un derecho o una situación jurídica subjetiva, no podrá existir ninguna otra norma que, legítimamente, cierre a di-

³ El legislador ha ensayado, en el tiempo, diferentes modalidades para hacer frente a este compromiso. Actualmente está en vigor un sistema definido como "Patrocinio a cargo del Estado", que prevé la retribución por parte del Erario de los defensores asumidos por los sujetos en dificultad económica, referido a todo tipo de proceso y del cual pueden beneficiarse ciudadanos, apátridas y extranjeros con permiso de residencia, y los entes o asociaciones sin fines de lucro (d.P.R. del 30 de mayo de 2002, n. 105, t.u. sobre los gastos de la justicia, arts. 74-145).

cho sujeto la facultad de recurrir al juez ni que le haga excesivamente difícil ejercitar el derecho de acción en juicio.

2. PRIMERAS APLICACIONES DE LA GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Inmediatamente después de la afirmación de este fundamental principio el mismo ha tenido importantes aplicaciones, sobre todo respecto a la protección de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos. Así, han quedado sin efecto, por incompatibilidad con el derecho aquí analizado, todas las normas que impedían el control jurisdiccional respecto a las decisiones administrativas y que, en consecuencia, excluían o limitaban la posibilidad de accionar en juicio para la protección de situaciones vinculadas a ellas.⁴

Otras interesantes aplicaciones se han verificado respecto a ciertas instituciones, como la *cautio pro expensis* o el *solvo et repete* fiscal,⁵ que en el pasado subordinaban la constitución de la relación procesal al cumplimiento de cargas económico-financieras, en beneficio de particulares o de la administración pública. De esta manera ha quedado claro que el ordenamiento no puede consentir que la protección de intereses merecedores de protección se vea mermado con la introducción de elementos extraños

⁴ Sobre este particular podemos señalar las declaraciones de ilegitimidad constitucional de la normativa sobre recursos administrativos previos en materia de jubilaciones (Corte const., 11 de diciembre de 1989, n. 530, en *Giust. civ.*, 1989, I, 309), de servicios de correos (Corte const., 18 de enero de 1991, n. 15, en *Dirlav.*, 1962, II, 167), de sellados (Corte const., 23 de noviembre de 1993, n. 406, en *Foro it.*, 1993, I, 3214) y de impuestos sobre espectáculos (Corte const. 1994, n. 360, en *Foro it.*, 1994, I, 2940).

⁵ Declarados ilegítimos, respectivamente, por la Corte const., 29 de noviembre de 1960, n. 67, en *Giur. cost.*, 1960, 1195 y por la Corte const., 31 de marzo de 1961, n. 21, en *Giur. cost.*, 1961, 138.

al funcionamiento de la justicia y que constituyan un obstáculo o rémora para el empleo de la misma.

Con la afirmación de la garantía del derecho de accionar han resultado incompatibles, luego, todas las formas de sustitución *ex lege* de la jurisdicción por otros sistemas, en particular, por el arbitraje.

3. ARBITRAJE

Conocido también como juicio privado, el arbitraje representa la más compleja de las modalidades alternativas de resolución de controversias o ADR (acrónimo, en inglés, de la expresión *Alternative Dispute Resolutions*). Su estructura procesal y su finalidad efectivamente decisoria hacen que el mismo se caracterice por excluir la vía jurisdiccional, de tal manera que la eventualidad de que el mismo no sea elegido libremente por las partes en litigio sino que resulte impuesto por una disposición legal, no puede verse reflejado sobre el derecho de acción y sobre la garantía de jurisdicción. En efecto, si bien es cierto que el derecho de accionar en juicio comprende también la facultad de disponer de él, en el sentido de renunciar del mismo a favor de una modalidad alternativa y equivalente, igualmente es cierto que cuando no son directamente los titulares quienes eligen el arbitraje como modalidad más apropiada para dirimir sus controversias, sino que interviene un acto de autoridad que impone la necesidad de dirigirse a la justicia arbitral, el derecho de acción no es ejercitado ni siquiera en negativo, porque el titular no cuenta con libertad de elección.

En el sistema italiano se han verificado casos de este tipo con cierta frecuencia en las materias que tienen un carácter técnico, en las cuales la solución de posibles litigios

implica normalmente el nombramiento de un perito oficial para suplir la inevitable carencia de conocimientos por parte del magistrado. Obligar normativamente a las partes a dirigirse a árbitros expertos en la materia controvertida parecería, en consecuencia, la solución más conveniente desde el punto de vista práctico. Sin embargo, todas estas hipótesis han terminado regularmente por recibir un duro golpe por parte del juez constitucional, el cual ha considerado que existe una incompatibilidad entre la imposición normativa del arbitraje y la autonomía negocial sobre la cual esta institución se funda.⁶ En efecto, la autonomía es el reino de la voluntad, pero si la voluntad no es libre no tiene sentido hablar de renuncia y el derecho de obtener la protección jurisdiccional resulta, de hecho, negado.

Sin embargo, según la Corte Constitucional la previsión de un arbitraje *ex lege* no es necesariamente ilegítima, ya que el contraste con el artículo 24 de la Constitución sólo se verifica cuando en ella no se contempla la facultad, para ambas partes, de desvincularse del arbitraje (denominado 'declinatorio'), incluso dentro de ciertos límites temporales. Así, *v.gr.*, se ha considerado legítima, por no configurar una verdadera hipótesis de arbitraje "obligatorio", la regulación sobre los contratos de obra pública que preveía la solución de las controversias mediante arbitraje pero que se permitía, al actor, excluir la competencia arbitral interponiendo la demanda en sede judicial y, al demandado, actuar

⁶ Corte const., 2 de mayo de 1958, n. 35, en *Giur. cost.*, 1958, 481, en materia de contratos de obra con la Región de Sicilia; Corte const. 1977, n. 127, en *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1809, en materia de patentes; Corte const., 27 de diciembre de 1991, n. 488, en *Giur. it.*, 1993, I, 1, 772, en materia de indemnización por vinculaciones hidrogeológicas; Corte const., 23 de febrero de 1994, n. 49, en materia de fijación de carteles en la vía pública; Corte const., 2 de junio de 1994, n. 206, en *Foro it.*, 1995, I, 1769, Corte const., 10 de junio de 1994, n. 232, en *Giur. cost.*, 1994, 1930 y Corte const., 27 de febrero de 1996, n. 54, en *Giur. cost.*, 1996, 379, en materia de impuestos municipales por publicidad.

en el mismo sentido comunicando su intención dentro de los 30 días de la notificación de la demanda.⁷ Si bien esta conclusión no se coloca perfectamente en línea con la forma tradicional del arbitraje convencional, desde el punto de vista del derecho de acción es indudable que aquí se respeta la garantía jurisdiccional.

De todas maneras, en los últimos años el legislador parece haber cambiado de técnica, orientándose más bien a disponer incentivos para reproponer el arbitraje, incluso promoviendo su uso en sectores más distantes del económico-comercial en el cual ha tenido origen y en el que representa todavía su principal campo de actuación.⁸

La revalorización de esta institución se coloca en un contexto más amplio dirigido a disminuir la carga de trabajo de los tribunales, desviando por lo menos las controversias relativas a derechos disponibles hacia los métodos alternativos, con una operación definida literalmente con el neologismo "desjurisdiccionalización". El texto normativo⁹ que ha introducido este neologismo considera el arbitraje como un medio para favorecer la decisión más rápida de una causa ya pendiente en juicio, con la particularidad de que en este caso el proceso de primera instancia o de apelación no se extingue sino que prosigue, dejando a salvo

⁷ Artículo 47, D.P.R. del 16 de julio de 1962, n. 1963. Normativa que luego fue modificada exigiendo para la exclusión de la jurisdicción un acto de común acuerdo entre las partes, fue declarada ilegítima por ser lesiva del derecho de acción de los particulares: Corte const., 9 de mayo de 1996, n. 152, en *Giur. cost.*, 1996, 1452.

⁸ Es el caso de las controversias en materia de subordinación en una relación laboral, en las cuales en el paso de pocos años se han dado diferentes intervenciones (el último, el denominado *Collegato Lavoro*, es de 2010).

⁹ El d.l. del 12 de setiembre de 2014, n. 132, intitulado *misura urgente di degiuridizzazione per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile / medidas urgentes de desjudicialización para la determinación del atraso en materia de proceso civil*, convertido en ley con la l. del 10 de noviembre de 2014 n. 162.

los efectos procesales y sustanciales de la demanda, ante un árbitro único o un colegio de árbitros elegidos entre los abogados de la circunscripción. La elección de este “arbitraje en prosecución” es totalmente libre,¹⁰ por lo que no existe el riesgo de que la nueva figura haga surgir nuevos problemas con relación al derecho de acción.

4. NEGOCIACIÓN ASISTIDA POR ABOGADOS

Algunos problemas suscita, en cambio, otro instrumento alternativo contemplado por la misma ley, que recibe el nombre de “negociación asistida”. Si bien constituye una novedad para el ordenamiento italiano se trata de una institución conocida en la experiencia norteamericana con el nombre de *Collaborative Law* y se está difundiendo en los países de la Unión Europea; como es el caso, *v.gr.*, de Francia, donde ha sido recientemente introducida en el código civil bajo la denominación de *procédure participative*.¹¹

Técnicamente se trata de una negociación llevada a cabo con el auxilio de abogados y dirigida a obtener una conciliación de la *litis*. En Italia se puede recurrir tanto antes del proceso como durante el mismo. Lo que esencialmente distingue esta institución de una genérica tratativa (es decir pasos anticipados a una negociación) desarrollada (también) a través del propio abogado para indagar las

¹⁰ La elección es voluntaria incluso cuando la iniciativa proviene solo de una de las partes, como está previsto para algunas controversias con la Administración Pública. En efecto, si el particular presenta la solicitud de transferencia de lugar de trabajo, la parte pública tiene un plazo de 30 días para manifestar su disenso y en tal caso aquella queda radicada ante el juez (artículo 1, l. n. 162/2014, cit.).

¹¹ Artículos 2062-2068, Code civil, incorporados por el art. 37 de la Loi 2010-1609 del 22 de diciembre de 2010. El sucesivo Décret 2012-66 del 20 de enero de 2012 ha introducido el régimen correspondiente al procedimiento en el *Code de procédure civile* (artículo 1542-ss.).

posibilidades de evitar el juicio, constituye un método con el cual se enfrenta a la controversia. Tanto las partes como sus abogados trabajan sobre la relación controvertida mirando más a las necesidades actuales y a las expectativas futuras que a sus antecedentes. Este compromiso de colaboración se regula a través de la estipulación previa en un contrato en forma escrita que toma el nombre de “*convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati / convención de negociación asistida por uno o más abogados*”, mediante el cual “*le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza di avvocati iscritti all’albo / las partes convienen cooperar de buena fe y con lealtad para resolver en forma amigable la controversia a través de la asistencia de abogados inscritos en el registro*” (artículo 2, l. n. 132/2014, cit.). La convención indica el objeto de la controversia y contiene el compromiso de las partes a conducir la negociación por un término determinado, que va de un mínimo de un mes a un máximo de tres meses, prorrogables consensualmente por otro mes más.

La crítica con relación al derecho de acción deriva del hecho de que para algunas determinadas controversias se establece que la negociación asistida sea llevada a cabo antes de la interposición de la demanda en juicio, so pena de improcedibilidad de la misma (artículo 3, párrafo 1, l. n. 132/2014, cit.).¹² En consecuencia, no es posible tener una protección judicial si no se ha invitado preventivamente a la contraparte a formalizar, dentro del término de 30 días, una convención que defina el ámbito de la controversia y

¹² La disposición hace referencia a las pretensiones resarcitorias de daños derivados de la circulación de automotores y embarcaciones, así como a las demandas de pago de sumas de dinero que no excedan 50.000 euros establecidas por cualquier otro título. Quedan exceptuadas las obligaciones relativas a relaciones de trabajo subordinado y de consumo, y las que quedan comprendidas en el régimen de la denominada mediación obligatoria (sobre la cual *v. infra*, en el texto).

prevea el compromiso común de buscar su recomposición con la asistencia de los respectivos defensores. La causa iniciada sin haber cumplido con esta obligación y respecto al término mínimo legal o convencionalmente establecido para las tratativas comporta la conclusión del proceso con una sentencia de no procedibilidad.

Nos encontramos, por lo tanto, frente a una forma de jurisdicción condicionada por un “filtro” preliminar, que consiste en subordinar el acceso a la jurisdicción al cumplimiento de una específica actividad externa. Se trata de una figura que no es desconocida para el ordenamiento italiano, pero sujeta a regulaciones poco coherentes y extremadamente cuestionadas. Por un lado, el ámbito de las materias para las que se prevén los denominados “filtros” ha sido a menudo heterogéneo y mutable, así como los métodos sucesivamente empleados; por el otro, la finalidad perseguida con este tipo de técnicas se aleja cada vez más del cuidado de los intereses generales proclamados (en particular, la mejor protección del usuario necesitado de justicia), para concentrarse en el prosaico objetivo de reducir la carga de trabajo de los tribunales y el correspondiente gasto público. Es obvio que este objetivo por sí solo no podría justificar el sacrificio del derecho de acción, de tal manera que, salvo que concurren diversas y mejores finalidades, esta limitación de la jurisdicción podría resultar constitucionalmente ilegítima.

5. MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

La institución que en mayor medida evidencia el problema supra indicado es, actualmente, la mediación civil y comercial regulada por el d.lgs. n. 28 del 4 de marzo de 2010. Con esta ley ha sido aprobado un procedimiento específico

“finalizzat[o] ad assistere due o più soggetti, sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa / dirigid[o] a asistir a dos o más sujetos, sea a la búsqueda de un acuerdo amigable para la composición de una controversia, sea a la formulación de una propuesta para la resolución de la misma”. Este procedimiento se lleva a cabo en “organismos” constituidos en entes públicos o privados sujetos a la vigilancia gubernamental, y está conducido por un tercero mediador imparcial que asiste a las partes quedando “priv[o], in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio / privado, en todo caso, del poder de dar juicios o decisiones vinculantes para los destinatarios del servicio” (artículo 1, d.lgs. cit.). La introducción de la misma en Italia representa el punto final de una política dirigida al mejoramiento y a la renovación de los métodos tradicionalmente empleados para favorecer la resolución de los litigios entre particulares.

No es casual que la mediación civil y comercial reconozca su origen en un conocido estudio de la Comunidad Europea dirigido a sensibilizar a los Estados miembros acerca del potenciamiento de los métodos alternativos¹³ y en particular respecto a la composición consensual de las controversias referidas a derechos disponibles mediante procedimientos conducidos por un tercero neutral. El objetivo de fondo es el de facilitar, mejorar y simplificar el acceso a la justicia, permitiendo a las partes elegir los métodos judiciales o extrajudiciales que crean más apropiados. La consecutiva directiva europea, con la cual los Estados han recibido el encargo de regular la mediación transfronteriza y la sugerencia de extender también el me-

¹³ Libro Verde relativo a los métodos de resolución de las controversias en materia civil y mercantil, presentado en Bruselas el 19 de abril de 2002 por la Comisión de las Comunidades Europeas.

canismo a los litigios puramente domésticos, refiere en las premisas y en el texto la importante precisión de que las normativas nacionales no pueden “*impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial*”,¹⁴ demostrando de este modo preservar principalmente el derecho de acción garantizado por las Cartas fundamentales. Sin embargo, en el mismo contexto la directiva exceptúa las eventuales legislaciones internas que disponen la obligatoriedad de recurrir a la mediación antes o después del inicio del procedimiento judicial, de lo cual Italia ha aprovechado rápidamente para someter una vasta y heterogénea categoría de controversias a la condición de procedibilidad del procedimiento de mediación (artículo 5, d.lgs. cit.).

Es necesario precisar que, hasta ese momento, hipótesis análogas subsistían sólo a nivel sectorial, principalmente en materia de trabajo subordinado, donde la procedencia de la acción estaba condicionada al desarrollo de un tentativo de conciliación administrativa o sindical, el que además era gratuito.¹⁵ Sobre estas disposiciones habían recaído inicialmente sospechas de inconstitucionalidad, las que sin embargo fueron desmentidas por la Corte cuando rechazó la relativa cuestión, citando la propia jurisprudencia sobre los condicionamientos al derecho de acción previstos por el artículo 24 de la Constitución italiana.¹⁶ De esta jurisprudencia se desprenden algunos puntos clave

¹⁴ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Considerando n. 14 y art. 5, párrafo 2.

¹⁵ Artículos 36-39, del d.lgs. n. 80, del 31 de marzo de 1998, que había introducido las respectivas disposiciones en el Código Procesal Civil.

¹⁶ Corte const., 13 de julio de 2000, n. 276, en Foro it., 2000, I, 2752, en la que se reafirman los principios enunciados por la Corte const., 4 de marzo de 1992, n. 82, en Foro it., 1992, I, 1023, con referencia al tentativo obligatorio de conciliación introducido por el artículo 5 de la ley n. 108, del 11 de mayo de 1990, en materia de despidos individuales.

sobre los cuales es oportuno detenerse, dado el valor general que asumen.

En primer lugar, es esencial distinguir entre condiciones de improponibilidad y condiciones de improcedibilidad. En ambas la presentación de la demanda judicial está subordinada a un requisito preventivo, pero sólo en la primera la falta del mismo respecto a la condición que se debe cumplir determina un pronunciamiento de inadmisibilidad con la consiguiente posibilidad de decaimiento del derecho; mientras que en la segunda está prevista la posibilidad de subsanar el defecto, de tal manera que la demanda pueda ser recibida, aunque no sea tratada (por lo que no se procede) hasta tanto no se cumpla con la condición. Ahora bien, según la Corte constitucional, mientras la condición de admisibilidad disminuye y limita de manera inaceptable el acceso a la justicia, la condición de mera procedibilidad expresa la necesidad de armonizar el derecho de acción “*nel sistema della civile convivenza con i diritti altrui e con le esigenze generali / en el sistema de la civil convivencia con los derechos ajenos y con las exigencias generales*”; el legislador ordinario tiene por lo tanto el poder de imponer cargas, dirigidas a impedir el abuso o el exceso del derecho a la protección jurisdiccional y a “*indirizzarlo verso un suo uso adeguato, adeguandolo ad una determinazione dell’opportunità di promuovere l’azione giudiziaria, che maturi dopo un apprezzamento della fondatezza della pretesa / encausarlo hacia un uso adecuado, ajustándolo a una determinación de la oportunidad de promover la acción judicial, que madure luego de una apreciación de los fundamentos de la pretensión*”.¹⁷ Además, puesto que un sistema de este tipo permite llegar a una más rápida reso-

¹⁷ Corte const., 1 de marzo de 1973, n. 24, en Giur. cost., 1973, 268; Corte const., 29 de marzo de 1972, n. 57, en Giur. cost., 1972, 258; Corte const., 13 de julio de 1970, n. 130, en Giur. cost., 1970, 1593; Corte const., 16 de junio de 1964, n. 47, en Giur. cost., 1964, 586.

lución de los litigios asignando a la autoridad judicial sólo aquellos no componibles, este tipo de condicionamiento satisface las exigencias de economía procesal inherentes a la misma función jurisdiccional.¹⁸

En segundo lugar, es indispensable que la ley, al regular las modalidades y los tiempos de ejercicio del derecho de accionar en juicio, respete también la garantía de efectividad de la protección jurisdiccional, de tal manera que la intervención del juez sea tempestiva. Por lo tanto, además de tener que asegurar sin limitaciones el acceso a la protección cautelar, la incidencia de la condición de procedibilidad sobre el proceso de conocimiento pleno no tendrá que obstaculizar o tornar demasiado gravoso el ejercicio del derecho de acción, ni podrá diferirlo irracionalmente o *sine die*.¹⁹ En consecuencia, para que un condicionamiento resulte constitucionalmente legítimo, es necesario que la actividad establecida represente un modo económico y eficaz de satisfacer los propios derechos y que de todos modos se pueda acceder a la jurisdicción dentro de un adecuado período de tiempo.²⁰

Consciente de los principios y de los puntos claves ya expresados por la justicia constitucional, el legislador italiano se ha preocupado por respetar estas indicaciones cuando, en el momento de trasponer la Directiva europea, ha elegido promover la difusión del modelo conciliatorio a través de una regulación orgánica que permitiese la apli-

¹⁸ Corte const., 17 de julio de 1974, n. 234, en *Giur. cost.*, 1974, 2322; Corte const., 24 de febrero de 1974, n. 46, en *Giur. cost.*, 1974, 170 (ambas citan pasajes de la ya cit. sentencia n. 47/1964).

¹⁹ Corte const. 24 de febrero de 1995, n. 56, in *Giur. cost.*, 1995, 476; Corte const. 27 de julio de 1994, n. 360, in *Giur. cost.*, 1994, 2939; Corte const. 23 de noviembre de 1993, n. 406, cit.; Corte const. 11 de diciembre de 1989, n. 530, en *Foro it.*, 1991, I, 2950.

²⁰ Corte const., 4 de julio de 1996, n. 233, en *Giur. cost.*, 1996, 2117; Corte const., 2 de abril de 1992, n. 154, en *Giur. cost.*, 1992, 1228; Corte const., 18 de enero de 1991, n. 15, cit.

cación de dicho método a una amplia serie de controversias. La operación ha conducido a un verdadero *restyling* de esta institución, lo que ha conducido a la modificación no sólo del nombre²¹ sino también respecto a la modalidad de desenvolvimiento (necesariamente “administrada” por un organismo acreditado ante el Ministerio de Justicia) y en relación con el proceso (sensiblemente incrementado, sobretodo por iniciativa del Gobierno en calidad de legislador delegado).

Como ya hemos anticipado, dentro de dicha regulación ha sido seleccionado un conspicuo número de materias para las cuales el procedimiento de mediación tiene que preceder obligatoriamente a la demanda judicial.²² Los objetivos de esta elección están evidenciados en la exposición de motivos que acompaña el texto de la ley: dar a conocer la institución medio-conciliatoria y ampliar la cultura de los métodos alternativos de resolución de controversias al más vasto público, de tal manera de permitir la resolución del mayor número de controversias por vía negocial; atenuando al mismo tiempo la carga de trabajo de los tribunales para mejorar y acelerar la protección jurisdiccional en miras al interés común. La condición de procedibilidad

²¹ Adoptando la terminología anglosajona, la actividad con la cual un tercero imparcial asiste a las partes en la resolución de la controversia, ha sido definida como “mediación”, y sólo para el acuerdo eventualmente alcanzado se emplea el término “conciliación” (artículo 60, párrafo 3, lit. a), l. n. 69 del 18 de junio de 2009; artículo 1 del d.lgs. n. 28, del 4 de marzo de 2010.

²² Las materias inicialmente enumeradas por el cit. artículo 5, inciso 1, del d.lgs. n. 28/2010, son: condominio, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, locación, comodato, alquiler de empresas, resarcimiento del daño derivado de la circulación de automotores y embarcaciones, de la responsabilidad médica y de la difamación por medio de la prensa o por otro medio de publicidad, contratos asegurativos, bancarios y financieros. El d.l., n. 69, del 21 de junio de 2013, convertido en ley por la ley n. 98, del 9 de agosto de 2013, ha sacado del listado la responsabilidad derivada de la circulación de automotores y embarcaciones y ha agregado la responsabilidad sanitaria.

no está, en consecuencia, finalizada a alcanzar resultados extraños a la función jurisdiccional sino que parecería estar incluida dentro de ella. Además, el condicionamiento es sólo temporáneo y ligado a un término que parece razonable,²³ si se considera la duración media de los procesos; no está prohibida la solicitud y la obtención inmediata de medidas cautelares o urgentes y está consentida la inscripción de la demanda en los registros públicos a los fines de su oponibilidad a terceros; el riesgo de perder el derecho *medio tempore* está excluido por la previsión según la cual la demanda de mediación impide el decaimiento del derecho y produce los efectos de la demanda judicial respecto a la prescripción (artículo 5, d.lgs. n. 28/2010, cit.).

No obstante ello, enseguida después de la entrada en vigor de la ley existían ya algunas opiniones críticas²⁴ que ponían de manifiesto la dudosa constitucionalidad de la mediación obligatoria del artículo 5, cit., las que rápidamente se han visto reflejadas en varias órdenes de remisión a la Corte constitucional, por parte de la justicia tanto administrativa como ordinaria.

Una primera serie de objeciones, hacía referencia a la irreconciliabilidad del “filtro” conciliatorio con el derecho de acceso a la protección jurisdiccional (artículo 24, Cost.). Antes que nada se hacía notar que imponer una fase pre-procesal preparatoria a la demanda judicial pone en peligro la efectividad de la protección jurisdiccional, de

²³ El artículo 6, d.lgs. n. 28/2010 establecía que el procedimiento de mediación tuviese una duración de cuatro meses, reducido posteriormente a tres meses por el cit. d.l. n. 69/2013.

²⁴ Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, en *www.ilcaso.it*, doc. n. 179/2009; Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, en *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 358-ss.; Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, en *Foro it.*, 2010, V, p. 103; Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, en *Foro it.*, 2011, V, p. 54.

hecho prohibida durante toda la duración del tentativo, y que la necesidad de no precluir el acceso a la justicia no puede ser entendida como posibilidad, de por sí descontada, de dirigirse al juez en caso de fracaso de la mediación, sino que debe referirse a la necesidad de que el derecho de acción no esté condicionado, es decir, que la mediación no configure una condición de procedibilidad de la demanda. Además, se observaba que, al imponer la mediación, el legislador habría confiado una actividad susceptible de conformar derechos, incluso en vía definitiva, a sujetos privados de competencia y de profesionalidad específica. En otras palabras, ante el mediador las partes estarían expuestas al riesgo de no tener suficientes elementos para evaluar la conveniencia y la congruencia del acuerdo conciliatorio, donde, por otro lado, las múltiples interferencias establecidas entre la mediación y el proceso requerirían que el procedimiento extrajudicial fuese conducido por profesionales del derecho o, por lo menos, con la asistencia de los mismos.

Posteriores objeciones hacían referencia al contraste con el principio de igualdad (artículo 3, Const.), tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, se evidencia una disparidad de tratamiento entre el actor y el demandado, en atención a que sólo a este último se le permite no adherirse a la mediación, mientras que el primero, si quiere hacer valer el propio derecho, está siempre obligado a iniciar el procedimiento extrajudicial asumiendo los gastos. Desde el punto de vista objetivo, se impugnaba la selección llevada a cabo por la ley al designar las materias sujetas a condición de procedibilidad, distinguiendo entre materias igualmente caracterizadas por derechos disponibles, sin que dicha selección

resulte justificada por razonables valoraciones de política legislativa.

Existían, además, algunas cuestiones que ponían de manifiesto un contraste con el principio de duración razonable del proceso (artículo 111, párrafo 2, Const.), en atención a que la necesidad de recurrir a la mediación dilata los tiempos de la protección procesal, incluso cuando no existan específicas exigencias que lo requieran. La duración misma del procedimiento de mediación, que de por sí no puede considerarse excesiva, conduce a una considerable dilatación de los tiempos procesales si la condición de procedibilidad refiere a cada una de las demandas además de la originariamente interpuesta.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, se objetaba que la obligatoriedad de la mediación no encontraba correspondencia en los principios y criterios delineados por el marco normativo de referencia, compuesto por la ley n. 69 del 18 de junio de 2009 y por la citada Directiva europea n. 52 de 2008. Precisamente, la ley delegada no establecía de ninguna manera que el procedimiento de mediación condicionase la procedibilidad del juicio, sino que incluso existían indicaciones en sentido contrario en por lo menos dos de los criterios previstos por la misma.²⁵ También la Directiva comunitaria, referida expresamente en la ley delegada como regulación de referencia para el legislador delegado, estaba muy lejos de imponer la mediación obligatoria, en atención a que la misma expresaba sólo una cláusula de salvaguardia de los modelos adopta-

²⁵ El primero se deducía del artículo 60, inciso 3, lit. c), de la ley 69/2009, donde se instaba al legislador delegado a seguir el modelo que ya se había adoptado en materia de conciliación societaria (artículo 40, d.lgs. n. 5, del 17 de enero de 2003), modelo este que era exclusivamente voluntario. El segundo criterio, enunciado por el lit. n), preveía el deber de información del abogado al cliente antes de iniciar un juicio, haciendo referencia a la posibilidad, y no a la obligación, de valerse de la conciliación.

dos por los legisladores nacionales y siempre que dichos modelos no impidiesen el acceso a la jurisdicción.

De todas estas objeciones, la última referida asumía un valor prioritario en el plano lógico-sistemático y en efecto la Corte la ha examinado primero, acogéndola. Una vez comprobado que el carácter obligatorio de la mediación no podía ligarse a las opciones expresadas por el delegante, y ni siquiera podía constituir una coherente realización y desarrollo, la consiguiente declaración de ilegitimidad constitucional por violación de los artículos 76 y 77, Const., ha absorbido toda otra cuestión formulada;²⁶ lo que ha permitido al gobierno reproponer el mismo modelo luego de pocos meses, pero utilizando esta vez la vía del decreto legislativo con sucesiva conversión en ley.

Superado así el problema formal, sigue siendo todavía incierta la congruencia de la condición de procedibilidad reintroducida con la garantía del derecho de acción.

En realidad la Corte Constitucional ya había dado algunas indicaciones, no sólo negando que entre los criterios inspiradores de la normativa pudiese reconocerse el tentativo impositivo con fines deflacionarios, sino todavía más relevante que:

il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o dispositivi su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia / el carácter obligatorio de la mediación no es intrínseco a su ratio, como fácilmente se deduce de la previsión de otros módulos procedimentales (facultativos o dispuestos por invitación del juez), considerados igualmente idóneos para perseguir efectos deflacionarios y por lo tanto dirigidos a simplicar y mejorar el acceso a la justicia.

²⁶ Corte const., 6 de diciembre de 2012, n. 272, en *Giur. cost.*, 2012, 4282, *Foro it.*, 2013, I, 1091, *Giust. Civ.*, 2013, I, 10.

Además la Corte ha aclarado que el tentativo de conciliación en materia de controversias en materia laboral, en su momento considerado legítimo (*v. supra*), se colocaba en un contexto diferente y para un sector bien circunscripto, mientras que la condición de procedibilidad de la mediación civil y comercial “*delinea una institución con caracter general, destinada a operar para un número consistente de controversias*”. Por último, la Corte no se ha limitado a suprimir la disposición objetada y las inmediatamente correlativas a la misma, sino que ha sancionado como “*ilegitimidad consecencial*” toda una serie de otras disposiciones del d.lgs. n. 28/2010, técnica y prácticamente autónomas,²⁷ cuya eliminación se explica sólo con la evaluación de inconstitucionalidad del sistema normativo que emplea la mediación para finalidades extrañas a su ámbito natural de aplicación.

Estas consideraciones tendrían que haber inducido al legislador a intentar, más bien, la vía de la simplicación y de los incentivos para favorecer una amplia adhesión voluntaria al modelo extrajudicial compositivo. En cambio, con las reformas de 2013, la mediación obligatoria legalmente

²⁷ Se trata del artículo 8, inciso 5, que permite al juez obtener argumentos de prueba de la falta de participación al procedimiento de mediación sin un motivo justificado y que impone al juez condenar a la parte que no ha participado a una mediación obligatoria al pago de una suma igual a la contribución unificada debida por el juicio; del artículo 13, que en el inciso 1 establece la pérdida del derecho a restituir los gastos de la causa y de la mediación, la obligación de pagar al Estado una suma igual a la contribución unificada, así como la condena a reembolsar al perdedor los gastos de la mediación y del juicio para la parte ganadora que en la mediación haya rechazado una propuesta del mediador idéntica al contenido de la sentencia del juez, y que en el párrafo 2 prevé la posible condena del ganador a restituir los gastos de mediación al perdedor en caso de sentencia incluso solo parcialmente conforme a la propuesta del mediador; del artículo 11, inciso 1, que obliga al mediador a advertir a las partes las consecuencias previstas por el artículo 13 antes de formular su propuesta. Sobre este tema, LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e la incostituzionalità consequenziali*, en *Società*, 2013, 76.

ha sido reconfirmada por un periodo de cuatro años y ha sido acompañada por la mediación ordenada por el juez, la cual de simple invitación se ha convertido también en obligatoria y por lo tanto generadora de una ulterior condición de procedibilidad. Los vínculos entre mediación y juicio no han sido atenuados, sino incrementados con la obligación de asistencia legal para ambas partes (artículo 8, inciso 1, d.lgs. n. 28/2010) y con la introducción del criterio de competencia territorial de los organismos basado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 4, párrafo 1, d.lgs. cit). Todo ello sin dar una adecuada respuesta al problema de los costos del procedimiento, los que no son meramente simbólicos.²⁸

El hecho de que la mediación sea onerosa también cuando constituye una condición de procedibilidad representa uno de los aspectos más críticos con relación al derecho de acción.²⁹ El artículo 17 del d.lgs. n. 28/2010 exime del pago a la parte que se encuentre en la condición de acceder al patrocinio a costa del Estado, pero hacer recaer sobre los organismos encargados de la mediación el peso económico de un “filtro” extrajudicial no parece una solución correcta, ya que el reembolso estatal de la retribución no percibida es sólo eventual (dependiente de la capacidad anual del Fondo Único de Justicia) y, de todos modos, está

²⁸ Las tarifas aplicables a los organismos constituidos por entes de derecho público están establecidas por el D.M. n. 180, del 18 de octubre de 2010, y comprenden una voz fija denominada “*spese di avvio del procedimento / gastos de inicio del procedimiento*” (40 euros, que aumentan a 80 euros para las controversias de valor superior a 250.000 euros), a las que se agrega una voz variable en proporción al valor de la controversia (de un mínimo de 65 euros, para las causas de menor entidad, hasta un máximo de 9.200 euros, para las causas de valor superior a 5.000.000 euros) denominada “*spese di mediazione / gastos de mediación*”. Para los Organismos constituidos por entes de derecho privado las tarifas son libres.

²⁹ Cfr. Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, en www.judicium.it

reservado a los entes de derecho público, mientras los privados deberían conformarse —según lo que se lee en la *Relazione* al cit. d.lgs— por haber contribuído al “*valore sociale dell’attività di mediazione* / valor social de la actividad de mediación”. Además, no se ha tenido en cuenta tampoco que la parte eximida del pago de la retribución al organismo encargado de la mediación tiene siempre que retribuir de su propio bolsillo al abogado que la asiste en la mediación, no estando previsto para esta actividad (ahora considerada obligatoria) ninguna forma de patrocinio gratuito.

Además, para quien tenga un rédito superior al mínimo previsto para la exención, el costo de la condición de procedibilidad constituye un desembolso difícilmente justificado frente a la posibilidad, para nada remota, de que la tentativa de conciliación fracase³⁰ y que, en consecuencia, sea inevitable ir a juicio y soportar ulteriores gastos. Esta eventualidad, para los sujetos que pertenecen a las clases sociales menos favorecidas, podría transformarse en un obstáculo del accionar en juicio para hacer valer sus derechos, frustrándose así la garantía del acceso a la protección jurisdiccional.

³⁰ En la tentativa de hacer frente a las críticas recibidas, en particular las provenientes del sector forense, con motivo de las modificaciones de 2013 se ha establecido que “*nel caso di mancato accordo all’esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l’organismo di mediazione / en el caso de falta de acuerdo en el primer encuentro, ninguna compensación se deberá al organismo encargado de la mediación*” (artículo 17, inciso 5-ter, d.lgs. n. 28/2010). Esta norma es evidentemente una falsa solución que produce inconvenientes mayores de los se pretende evitar. En efecto, por un lado, induce a las partes que no pretenden llevar adelante la mediación a presentarse al encuentro sólo para cumplir formalmente con la condición de procedibilidad y sin comprometerse a intentar componer la controversia, y por otro, obliga al mediador y al organismo encargado de la mediación a prestar un servicio gratuito con el consiguiente dispendio de tiempo y recursos.

6. CONCLUSIÓN

Del presente estudio emerge que actualmente, en Italia, entre el acceso a la justicia y los instrumentos alternativos de resolución de conflictos existe una relación ambigua, debido con gran probabilidad, al empleo distorsionado de los mismos que se ha hecho en materia legislativa. No quedan dudas que los ADR son métodos útiles para completar el sistema de justicia, pudiendo contribuir a hacerlo más flexible y apropiado a las características de cada caso en particular. Desde esta perspectiva, merece aprobación una regulación que trate de reconocerlos, y que prevenga los inconvenientes que podrían surgir de su aplicación y potencie los efectos de sus respectivos resultados. Sin embargo, estos aspectos —de primerísima importancia también para la normativa europea que ha tratado darles impulso— han pasado a un segundo lugar en la legislación italiana. Estímulo de las diferentes intervenciones que se han sucedido desde 2010 en adelante, ha sido, más bien, la necesidad de hacer frente a la ineficiencia de la justicia estatal, empleándose principalmente los ADR como “filtro” para descongestionar los tribunales.

En lugar de invertir en la promoción de estos instrumentos como formas de justicia alternativa practicable, sosteniendo con recursos públicos la formación de los encargados y los costos de utilización de los mismos, se ha preferido la vía de la imposición, dirigiéndose la regulación que los contempla a la deflación de la carga de trabajo de los tribunales. Este empleo de los ADR es seguramente equivocado, en primer lugar porque no se pueden poner en un mismo plano el interés de los particulares de proteger sus propias razones con el acceso inmediato a la justicia y al interés general de reducir el volumen de las controver-

sias, si no fuera porque el primero está reconocido protegido por la Constitución como derecho actual y concreto, mientras que el segundo corresponde a un genérico, eventual y futuro objetivo interno de la administración de justicia. En segundo lugar (y para no hablar del hecho de que la lentitud de la justicia no depende sólo del número de las causas sino que está motivada en gran parte por la carencia de personal y de infraestructura), porque mientras los métodos alternativos sean considerados por la ley como correctivos de una disfunción del servicio público será muy difícil que puedan desempeñar la eficaz función a la que están llamados. En efecto, la mayor virtud de los ADR no se encuentra tanto en su rapidez o en su economicidad (que en Italia, por otra parte, no se advierte) sino en lo que la tradición anglosajona llama *empowerment*, es decir, en la capacidad de restituir a las partes la gestión directa de la propia *litis*; resultado este que, obviamente, no puede prescindir nunca del consentimiento de los interesados.

El abandono de la lógica competitiva, la renuncia a perseguir hasta el extremo la realización de una pretensión o a abusar del adversario no son factores que se puedan imponer desde arriba o desde afuera. Las partes prueban todas las ventajas de una solución compromisoria sólo si contribuyen voluntariamente al proceso de formación de la misma. Es más probable que las partes se acerquen espontáneamente a los medios extrajudiciales cuando tengan la percepción de que la vía judicial constituye una opción igualmente libre y practicable, si en cambio se les impone seguir un determinado recorrido sólo porque el "principal" no se encuentra en condiciones de acogerlas, difícilmente sabrán aprovechar las potencialidades de la vía alternativa; de tal manera que, en el mejor de los casos, la emplearan como escamoteo, mientras que en el peor de ellos la soportarán

como una pérdida de tiempo antes de poder acceder al juicio. En ambos casos, la sensación de denegada justicia será inevitable.

Lo que en cambio sirve es que la cultura de los métodos alternativos se difunda y que la práctica de los mismos sea confiada exclusivamente a sujetos de alta profesionalidad, capaz de suscitar en los litigantes la confianza de que el método sea preferido principalmente por ser más apropiado a la situación concreta. El objetivo debería ser que las partes consideren la elección entre ADR y juicio como un derecho. En este sentido se debe considerar mucho más avanzado el ordenamiento jurídico mexicano, que ya desde 2008 ha introducido en la Constitución una norma que garantiza el acceso a los medios alternativos de resolución de las controversias. Esta afirmación es importante no sólo por lo que literalmente expresa —la tarea del legislador de prever la subsistencia de dichos medios y de ponerlos a disposición de los ciudadanos— sino porque, colocada en la disposición que reconoce el derecho de acceso a la justicia en términos de derecho fundamental, reconoce de hecho la dignidad de derecho fundamental también a los métodos alternativos y los pone al mismo nivel de la jurisdicción. Si también la Constitución italiana contuviese una afirmación análoga, sería evidente que optar por uno o por otro derecho es una prerrogativa del titular, que no puede ser sacrificada para hacer frente a las ineficiencias del Estado.

Un ordenamiento que verdaderamente creyese en la "función social" de los métodos alternativos concentraría los esfuerzos en la realización de un sistema integrado de justicia. Pero debería invertir en ello directamente, sin esperar que las soluciones provengan del externo, a partir de un análisis de las controversias mediante estudios meticu-

losos que evidencien sus características recurrentes, con el fin de individualizar y profundizar en cada caso los instrumentos más apropiados, así como también orientar la formación universitaria y profesional al conocimiento más profundo de dichos instrumentos y potenciar proporcionalmente los recursos destinados a ellos, de tal manera que todos las metodologías de resolución de los litigios sean igualmente disponibles y proficuas.

BIBLIOGRAFÍA

- BESSO, Chiara (a cura di), *Mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2010.
- BOVE, Mauro (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, 2011;
- DALFINO, Domenico, *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, 2016.
- DOSI, Gianfranco, *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, 2014.
- GRADI, Marco, *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo"*, Edizioni Leone, 2014.
- LUDOVICI, Gianluca, *Arbitrato di prosecuzione*, Pacini editore, 2014.
- LUISO, Francesco Paolo (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, 2014.
- SANTAGADA, Filomena, *La mediazione*, Giappichelli, 2012.
- TISCINI, Roberta, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2011.