
El valor público de la litigación privada.

Una mirada crítica hacia la privatización de la justicia civil

The public value of private litigation.

A critical approach to civil justice privatization

Carlo Vittorio Giabardo¹

RESUMEN: Este artículo examina, desde un punto de vista crítico-teórico, las implicaciones de la creciente pérdida de relevancia del proceso civil público a favor de medios privados e informales de resolución de las disputas (la llamada “privatización de la justicia civil”). Subrayando la revolución ideológica en el concebir la disputa, y en la forma de resolverla, como un fenómeno esencialmente privado, el propósito del artículo es reafirmar y argumentar el necesario valor público del proceso civil como componente esencial de la Rule of Law. En particular, reelaborando algunas críticas a la tendencia a la privatización que se han hecho recientemente en el contexto del common law, se destacarán las conexiones entre proceso civil público y democracia, la evolución social del sistema jurídico y los valores de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil; justicia pública; ADR; Rule of Law

ABSTRACT: Aim of the article is to analyse -from a critical standpoint- the theoretical implications caused by the loss of centrality of public civil adjudication in favour of private and informal alternative means of dispute resolution (so-called “privatisation of civil justice”). By highlighting how looking at controversies and their modes of resolution as essentially private phenomena entails a genuine ideological revolution, this article will re-state and argue for the public value of adjudication as an essential and crucial component of the Rule of Law. Specifically, by reflecting upon some recent critical views advanced in the common law legal literature on the privatisation of dispute resolution, it will stress the deep connections between public adjudication and democracy, the social evolution of legal systems, and the values of legal certainty and equality of treatment.

KEYWORDS: Civil adjudication; public justice; ADR; Rule of Law

¹ Investigador Postdoctoral “Juan de la Cierva” en Filosofía del Derecho, Universidad de Girona, Cátedra de Cultura Jurídica. Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Turín, Italia (2016) y Profesor en el Máster de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú (2020). Este trabajo extiende y desarrolla algunas consideraciones que he presentado en un seminario a la Universidad de Girona, Cátedra de Cultura Jurídica (mayo de 2019). Agradezco a todos los miembros e investigadores de la Cátedra de Cultura Jurídica por las sugerencias y ocasiones de debate (y en particular a Renzo Cavani y Marco Segatti), a Alejo Giles y a los *referees* anónimos. Algunas de las observaciones planteadas aquí también se han examinado además en Giabardo (2020a). E-mail: carlovvittorio.giabardo@udg.edu.

Introducción

Una de las revoluciones más significativas ocurridas en los últimos años en el contexto del derecho procesal civil se refiere a su privatización. Me refiero con esta expresión a la gradual pero constante falta de centralidad del proceso civil público -es decir de aquella institución regulada en sus formas por la ley y que termina con una decisión autoritativa (también pública) de un juez estatal que aplica el derecho a los hechos correctamente establecidos- a favor de varias técnicas alternativas de resolución de las controversias (ADR), es decir mecanismos informales y confidenciales que se concluyen no con un orden que se impone a las partes, sino con un acuerdo facilitado en varios modos por sujetos terceros, y que no es el resultado de la aplicación del derecho a hechos normativos (es decir, aquellos hechos tomados en consideración por las disposiciones aplicables) sino el encuentro de las voluntades de las partes, y que por esta razón es rigurosamente secreto (llamadas medidas “autónomas” de resolución del litigio²).

Hay que subrayar que esta evolución no es una característica de una particular cultura jurídica o de una particular área del mundo, sino que es genuinamente global, en el sentido de que todas, o casi todas, las mayores jurisdicciones del mundo están adecuándose al nuevo credo de la privatización de la justicia. Desde los Estados Unidos hasta Inglaterra (donde esta tendencia es históricamente más marcada y evidente), hasta los otros países de la familia de common law; desde aquellos que forman parte de la Unión Europea -tanto bajo la presión de actos normativos de nivel europeo, como de nivel doméstico-, hasta aquellos de América Latina³. Aunque con diferentes intensidades, la política general de las reformas procesales de los últimos años va en la clara dirección de favorecer siempre a más la resolución de las controversias en forma extrajudicial, tanto antes que el juez pronuncie la sentencia (es decir, favoreciendo la salida del litigio desde la arena procesal) como aún antes de acceder a los tribunales.

Por supuesto, técnicamente este objetivo es alcanzado de las más diversas formas; por ejemplo configurando sanciones procesales para la parte, aunque sea ganadora, que sin una razón válida haya rechazado o no haya colaborado a la definición cooperativa del litigio (como ocurre en Inglaterra); o a través de la presencia de un tentativo obligatorio de mediación ex lege u ordenado por el juez (court-mandated mediation)⁴. Pero no es este el aspecto que se pretende examinar aquí.

Más bien, en lo que queremos centrar nuestra atención es en el hecho de que la privatización de la resolución de conflictos es el valor prioritario de las políticas actuales

² En este artículo, entonces, tomaré en consideración la contraposición entre proceso civil público, por un lado, y medidas alternativas *autónomas*, por otro, dejando a parte el arbitraje, lo cual -aunque alternativo a la justicia civil pública- se configura, así como el proceso, como un medio *heterónimo*. Acerca de esta distinción, cf. Luiso (2011).

³ Pérez Ragone, Copani (2006).

⁴ En el sentido de que, para algunos asuntos, las partes están obligadas a asistir a una sesión de mediación -antes del inicio del proceso- bajo pena de improcedibilidad de la demanda judicial. Por supuesto, no se requiere que se llegue a un acuerdo (ni podría serlo), sino solo que las partes se comprometan efectivamente, de buena fe, a buscar una solución amistosa. Sólo después de haber realizado este intento sin éxito, será posible acceder a la vía judicial (ver, en Italia, el art. 5 comma 1 *bis*, Decreto Legislativo nº 28 de 2010 y modificaciones posteriores). Véase Luiso (2019).

de la administración de la justicia, una tendencia fundamental de nuestra época jurídica que merece -en mi opinión- una reflexión teórico-crítica que vaya más allá de los aspectos técnicos y que tenga en cuenta, en cambio, su significación ideológica, política y, en general, genuinamente filosófica⁵. Dado que esta tendencia es de carácter general, la reflexión crítica también debe tener la misma ambición. De hecho, la privatización de la justicia civil tiene repercusiones "sistémicas" que son en cierto modo subversivas en varios aspectos del derecho tal como lo conocemos (referente, por ejemplo, al rol del conflicto en la sociedad, a la evolución social del sistema jurídico, a la certeza del derecho, al concepto de justicia, etc.) y que difícilmente pueden subestimarse. Sin embargo -con algunas excepciones notables- las implicaciones teórico-filosóficas de esta revolución no han recibido la atención que merecen ni por parte de los estudiosos del proceso civil ni de los filósofos de la tradición continental. Los estudios sobre el tema se centran principalmente en las dimensiones prácticas, sin emprender una investigación de largo alcance sobre lo que significa este cambio de atención y qué valores están en riesgo si se privatiza la justicia.

Esta insuficiencia de reflexión crítica en el contexto del derecho continental no debe sorprender y tiene, creo, una razón histórica. En el mundo del common law la privatización de la resolución de conflictos (al menos en el sentido moderno) es de hecho un movimiento a más largo plazo, del que se puede decir que se inició "culturalmente" en los Estados Unidos, a partir de finales de la década de los 70, convencionalmente con la famosa Pound Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice⁶. Sin duda en el área continental este cambio es mucho más reciente y menos impactante, al menos hasta ahora, y quizás aún no había llegado el momento de investigar su significado teórico. Sin embargo, creo que muchas de las críticas que se hacen a esta tendencia dentro del mundo del common law son válidas en general y extensibles (aunque con las aclaraciones que se harán) al mundo del civil law.

La reflexión crítica sobre este movimiento se justifica ahora aún más si tenemos en cuenta que muchos de los partidarios de la privatización de la justicia civil logran comunicar sus ideas sobre el derecho y la justicia de una forma no solo altamente efectiva sino, diría yo, hegemónica. Esta labor de comunicación ocurre mayoritariamente bajo el silencio de quienes, por el contrario, creen en la función insustituible de un sistema público de justicia, es decir, en el valor público del proceso. Reequilibrar y, por así decirlo, despertar la atención sobre esta función (o estas funciones) y sobre este valor es el propósito de este artículo.

Estructuralmente, por tanto, la crítica que pretendo hacer a la privatización de la justicia civil en este artículo será indirecta. Indirecta en el sentido de que partirá de que el proceso civil público desempeña algunas "funciones sociales" -tanto externas al

⁵ Este "alcance subversivo" de la privatización de la justicia civil lo tomé en consideración en dos trabajos anteriores, en los que me enfoqué, de manera más limitada, en las consecuencias sobre la evolución del derecho privado. Ver, *si vis*, Giabardo (2018; 2017).

⁶ Sobre el origen del movimiento de los ADR, Menkel-Meadow, 2000.

sistema jurídico como internas al mismo, en el sentido que se especificará- que solo éste puede realizar, y que también es importante que se lleven a cabo en un moderno estado de derecho. La pregunta que guía nuestra investigación es: "¿Qué perderíamos en un mundo en el cual la justicia estuviera totalmente privatizada?" (Burns, 2011). Desde un punto de vista metodológico, por lo tanto, la perspectiva que se adopta será no sólo descriptiva, sino, sobre todo, explícita y abiertamente normativa.

Este trabajo se dividirá en dos partes.

En la primera describiré brevemente el panorama actual caracterizado por la tendencia a la privatización de la justicia, destacando la existencia, en varios niveles, de una verdadera retórica "política" dirigida a potenciar los aspectos positivos de los ADR y a enfatizar, en cambio, solo los negativos del proceso, aislando el núcleo más esencial de esta ideología (aps. 2 y 3).

En la segunda parte, sin embargo, centraré la atención en ciertos aspectos del valor público del proceso. En particular, analizaré el valor público del proceso bajo tres dimensiones distintas, aunque relacionadas, a saber: (a) el proceso público y los valores democráticos, (b) el proceso público y la evolución social del derecho y (c) el proceso público y el valor de la justicia formal, que se articula, a su vez, en el fin "político" de la seguridad jurídica y en el fin "moral" de la igualdad de trato de situaciones que son -a los ojos de la ley- iguales (aps. 5, 6 y 7).

1. La guerra contra el proceso entre retórica y reformas de los últimos años

El punto del cual pretendo partir es la existencia de un fenómeno social que parece innegable, es decir que el proceso civil está siendo atacado. Tanto desde un punto de vista retórico como pragmático, la justicia pública es objeto de críticas que no conocen precedentes. Representado como largo, costoso, psicológicamente estresante, complejo, con resultados inciertos, el proceso parece tener solo características negativas. En 2015, el Pound Civil Justice Institute, el prestigioso organismo de investigación estadounidense para el estudio de la justicia civil, tituló su simposio anual (celebrado en la Emory School of Law, Atlanta) "The 'War' on the U.S. Civil Justice System", para indicar que habría una verdadera guerra contra la justicia civil⁷. Incluso siendo el contexto del simposio estadounidense, el fenómeno del que da cuenta es ciertamente generalizable.

En los últimos años, a nivel global, innumerables reformas, iniciativas, proyectos, propuestas han intentado incentivar, si no forzar, la resolución de disputas entre particulares a través de diversas formas de resolución alternativa, consensuales y confidenciales, y al mismo tiempo desalentar el acceso a los tribunales. Esto también en el contexto de un impulso contemporáneo cada vez mayor e imparable hacia la virtualización de la resolución de conflictos, es decir, la búsqueda e implementación de

⁷<http://www.poundinstitute.org/content/what-we-do/academic-symposium/2015-academic-symposium/>

mecanismos que se desarrollan íntegramente online (cd. Online Dispute Resolution) y que -muy a menudo, y especialmente para controversias de valor económico modesto o incluso medio- no implican la participación de un juez ni una decisión de acuerdo con el derecho⁸.

Como ya se mencionó, esta tendencia en general es particularmente marcada en las dos principales jurisdicciones de common law, donde se está llevando a cabo una "relocalización" real de la actividad de resolución de disputas de lo público a lo privado (Resnik, 2015). En los Estados Unidos, se estima que menos del 1 por ciento de las controversias terminan en una decisión judicial, y en Inglaterra esta cifra es ahora de alrededor del 3 por ciento. Se habla entonces de la desaparición del proceso (Langbein, 2012), del réquiem de las normas procesales (Resnik, 2014), y de la muerte de la justicia pública (Burns, 2009; Resnik, 2003).

En Estados Unidos, el profesor Marc Galanter -uno de los estudiosos más originales de las dinámicas de la justicia- en un artículo que ahora se ha convertido en un "clásico", y luego en muchos otros estudios posteriores, acuñó la expresión "vanishing trial", es decir "proceso evanescente" (Galanter, 2004). En Inglaterra, la profesora Hazel Genn -teórica de la justicia civil inglesa, y ex decana del University College de Londres, donde dirigió el Access to Justice Institute- habla de la privatización de la justicia civil como una mutación que comenzó con las reformas del proceso civil inglés de finales de los noventa (las llamadas "Reformas Woolf", del nombre de su padre, Lord Woolf) y que luego continuaron gradualmente sin cesar hasta la actualidad (Genn, 2013; 2012; 2009).

Estas dos expresiones capturan las dos caras del mismo fenómeno: por un lado el desmantelamiento de un sistema de justicia civil público y accesible, por otro lado la "externalización" (outsourcing) de la función de resolución de controversias a entidades privadas que tienen la tarea de facilitar la llegada a un acuerdo entre las partes.

Esta transformación es una realidad hace varios años en todas las demás jurisdicciones common law (y en particular en Canadá⁹ y Australia¹⁰), y ahora favorecer la resolución extrajudicial de las disputas es una prioridad de las políticas actuales de la administración de la justicia también en los países europeos (tanto a nivel central como por iniciativas de los estados), inspiradas por la exigencia de la desjurisdiccionalización, es decir, de "sacar" de la jurisdicción lo que antes le pertenecía. Basta solo con pensar, a modo de ejemplo, en los distintos actos normativos que se han producido en la última década: a nivel europeo, la Directiva 2013/11/UE sobre ADR para las disputas entre consumidores, el Reglamento 2013/524/UE sobre Online Dispute Resolution, las Directiva 2008/52/CE sobre la mediación de los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil. En Italia, en particular, cabe señalar la introducción de la llamada "mediación dirigida a la conciliación" (Decreto Legislativo n. 28/2010) como condición de admisibilidad de la demanda judicial, la introducción de la negociación asistida gestionada por abogados (Ley de 10 de noviembre de 2014, n. 162, según el modelo

⁸ Anderson, 2019.

⁹ Farrow, 2014.

¹⁰ Justice Hayne AC, 2008.

francés de la *procédure participative*), así como las recientes propuestas para su fortalecimiento¹¹.

Más allá de los datos técnicos, por tanto, está claro cómo la tendencia a la privatización, nacida y desarrollada primero en Estados Unidos, se ha extendido al resto del mundo, lo que la convierte en un excelente ejemplo, quizás el más emblemático de todos, de globalización jurídica genuina y auténtica (Nader, 1999).

Lo que creo importante es resaltar que en todas partes estas reformas han ido acompañadas de prácticas discursivas, expresiones, narrativas, formas de describir la realidad, en una palabra, de una retórica que tiende a representar el proceso civil de manera eminentemente negativa (es decir, negativa tanto para las partes como para toda la sociedad) y, al mismo tiempo, representa los métodos alternativos de manera positiva, no solo para quienes inician estos procedimientos, sino también para el ordenamiento jurídico en su conjunto. En resumen, es una retórica que -como se ha dicho eficazmente- retrata el proceso como una enfermedad y los ADR como la cura (críticamente, así Edwards, 1986).

Estas narrativas, por tanto, tienen un valor genuinamente político, es decir, no neutral: sirven para preparar, primero, y luego justificar todas aquellas reformas que han tenido y tienen la clara intención de desviar la resolución de controversias de la "esfera pública" y redirigirlas en el ámbito privado y secreto (Luban, 1995). Y esto no solo por el hecho (práctico, superficial) de que el proceso civil sería un servicio demasiado caro o demasiado ineficiente, y que la administración de la justicia también se ha visto afectada por las políticas de austeridad propias del neoliberalismo, por las cuales es la demanda de justicia que debe adaptarse a las posibilidades de oferta (Sorabji, 2015), sino -con mucha más profundidad teórica- argumentando que la disputa "pertenece" por naturaleza a las partes, y sólo a ellas, y que por tanto son estas últimas, y sólo estas últimas, quienes deben poder decidir si y cómo resolverla (Menkel-Meadow, 1995). El conflicto, según esta lectura, es un asunto privado y, por tanto, el método para resolverlo también debe serlo. Lo cual, lejos de representar una realidad de la naturaleza o una verdad auto-evidente, más bien refleja el fruto de una elección política precisa o, si se prefiere, de una visión ideológica (como la misma Menkel-Meadow reconoce abiertamente) que a lo largo de la historia y de los lugares se repite como consecuencia de las distintas articulaciones de la dinámica entre lo público y lo privado en la administración de justicia (Damaska, 1986¹²).

Volvamos al ataque al proceso. Por supuesto, no se puede decir que las críticas sobre la forma en que funcionan los procesos sea un fenómeno nuevo. Hacer valer nuestros derechos en los tribunales nunca ha sido una experiencia agradable; Chiovenda ya se quejaba de la excesiva duración de los juicios civiles y, yendo más atrás, la novela *Bleack*

¹¹ Para una revisión actualizada del estado de los ADR en Italia, consulte Silvestri, 2020.

¹² Por lo tanto, se podría argumentar que la visión moderna de los ADR es muy similar a la "liberal" del proceso que se desarrolló a partir de la segunda mitad del siglo XIX y que llegó a su plenitud y madurez con la obra de Adolf Wach, y luego cedió gradualmente a la visión "social" (pública) de la justicia civil, gracias al trabajo de Franz Klein; para la evolución del proceso liberal en social, cf. Carratta (2017) y Picardi (2011).

House de Charles Dickens immortalizó las ineficiencias de la Court of Chancery en el Londres de mediados del siglo XIX. Sin embargo, lo que ha cambiado hoy en día es la calidad, la intensidad y, en cierto sentido, la visibilidad de estas críticas. La ofensiva contra el proceso civil es ahora, por así decirlo, institucional, oficial. Paradójicamente, está bien presente en la esfera pública. Es el legislador mismo, son los jueces de varios niveles, son los exponentes de las instituciones, los académicos, los miembros de las profesiones jurídicas, los practicantes del derecho quienes contribuyen a este ataque. Y esto es, en cierto sentido, paradójico. Si por un lado el ordenamiento jurídico parece depositar mucha confianza en las capacidades de la ley, como se desprende del creciente uso de la legislación para resolver problemas sociales, por otro, muy contradictoriamente, intenta escapar por todos los medios a la hora de aplicar el derecho. El crecimiento incontrolado de las reglas jurídicas contrasta abiertamente con la tendencia a privatizar su enforcement (Gardner, 2018).

2. La ideología del privatismo en la resolución de conflictos

Hasta aquí la *pars destruens* de esta retórica. Pero, ¿cuál es su *pars costruens*? ¿Cuál es el mensaje que se transmite en su núcleo más esencial? Identificar y aislar el fundamento de este mensaje es de hecho indispensable para poner de manifiesto con qué valores se contraponen.

La superioridad de los ADR no solo se afirma en un nivel de eficiencia económica, sino también en un nivel de valores. Los defensores de los ADR no solo argumentan que los mecanismos alternativos son más rápidos, menos costosos, más eficientes (es decir, mejores según criterios cuantitativos) sino, de manera más decisiva, que son mejores desde un punto de vista cualitativo. Esta, por así decirlo, "superioridad moral" de los mecanismos alternativos (y de la mediación en particular) gira en torno a un concepto clave, que es la insistencia en la naturaleza privada del procedimiento. Este es realizado por individuos y para individuos, y todo se centra en las necesidades individuales y personales de los litigantes. Ninguna otra necesidad pública, exterior, externa, extraña tiene la ventaja. Ninguna "generalización", ningún "interés general" encuentra espacio.

El valor supremo es el de la autonomía, en el doble sentido de autodeterminación (*self-determination*) y autorrealización (*self-fulfillment*), es decir, la expresión completa y plena de todo el potencial personal (*self-empowerment*). "Para nosotros y para los colegas con los que hemos trabajado durante muchos años" -dicen Robert Baruch Bush y Joseph Folger, los principales teóricos de la *transformative mediation* en la resolución de conflictos- "nuestra primera premisa siempre ha sido que la autodeterminación, o lo que llamamos empoderamiento, es el valor central y supremo de la mediación" (Baruch Bush, Folger, 2015 p. 742, mi traducción; ver también 2010; 1994). Las partes son los dueños de su disputa; de hecho, más: son los jueces a la vez. Ya Lon Fuller -que más que otros filósofos se ha ocupado de la mediación desde el punto de vista de la teoría del

derecho- afirmaba que la "moralidad específica" (inner morality), o sea el rasgo distintivo que constituye el mérito y fundamento de la mediación, reside precisamente en su capacidad de "reorientar a las partes una hacia la otra, no imponiéndoles reglas sino ayudándoles a lograr una percepción nueva y compartida de su relación", la cual "les permita elaborar sus propias reglas" (Fuller, 1971, p. 326, mi traducción).

Este "empoderamiento" de los litigantes se traduce en el claro rechazo del formalismo tanto durante el procedimiento como en la construcción de la determinación final. Este es un punto de suma importancia. En la teoría de los ADR, el formalismo se concibe como algo que se interpone en el camino, que dificulta la búsqueda de una solución. Las formas son vistas como algo externo, que se impone a las partes y limita sus capacidades. Se las considera un obstáculo, más que una ayuda, una barrera, más que una garantía, para el logro de una solución justa del conflicto.

De hecho, en los ADR las partes pueden ir mucho más allá de lo que les ofrece el derecho. Por supuesto, no podrán desconocer por completo el derecho (y en particular las normas imperativas), y de alguna manera deben tenerlo en cuenta. Pero, como se dice, el acuerdo se negocia sólo *in the shadow of the law*, a la sombra del derecho (Mooking, Korhauser, 1979); esto significa que el derecho es, por tanto, sólo uno de los muchos factores, y ciertamente no el más importante, que debe tenerse en cuenta. Las partes pueden construir su decisión independientemente de cómo lo hubiera decidido un juez, sin preocuparse de quién tendría razón, y quién no, según el derecho, es decir, según reglas preestablecidas válidas para todos (críticamente, Coleman, Silver, 1986).

Por esta razón, los teóricos de las ADR insisten fuertemente en el hecho de que la mediación (y los otros medios autónomos), rechazando el formalismo, procuran una *warmer justice*, una justicia más cálida, más "acogedora" (Smith, 1978; en la literatura italiana, Resta, 2004); por el contrario, es frecuente la afirmación de que la justicia formal (entendida como justicia infligida) no es un valor superior a la paz, que sería sin embargo el verdadero propósito del proceso (Menkel-Meadow, 2013; 2006).

En este sentido, el frecuente paralelismo, por parte de los estudiosos anglosajones, entre la práctica del *settlement* actual y el concepto de *Equity* tal como se ha desarrollado históricamente para remediar la dureza formal y las injusticias del *Common Law* en sentido estricto, no debería sorprender. Los ADR serían hoy para el derecho lo que la *Equity* fue para el *Common Law*, pero aún más potenciados, fortalecidos (Main, 2005; Nolan-Haley, 2018; 2004; 1996). Ambas ideologías, aunque a distintos niveles, comparten la opinión de que el formalismo de las reglas, con sus características de fijeza e inexorabilidad, es una barrera a la justicia, y que esta última, para ser verdaderamente tal, debe ser, en un algún sentido, creativa (de *remedial creativity* habla Menkel-Meadow 2001; 1984).

Así, se entiende bien -como se ha argumentado correctamente- que los ADR no son tanto, o no solo, mecanismos alternativos al proceso, sino más radicalmente alternativos al derecho, en el sentido de que lo que rechazan es el uso de fórmulas generales y abstractas como herramientas válidas o efectivas para la resolución de las

controversias (Calvo Soler, Ferrer Beltrán, 2004). Por tanto, no solo son formas alternativas de justicia, sino alternativas a la justicia (Luiso, 2011); y la tendencia que, a primera vista, parece ser una fuga desde el proceso es en realidad, más profundamente, una fuga desde el derecho (Ghirga, 2009).

La justicia misma se convierte así en un asunto privado. Justicia es, por tanto, sólo la capacidad de la solución para resolver este problema, y no otros que, a los ojos de la ley, son similares; justicia es la idoneidad para resolver sólo esta controversia específica, con características propias y únicas, de modo que los únicos autorizados a juzgar la bondad del resultado final son estas mismas partes. Ideológicamente, la sociedad o la comunidad, lo que usted prefiera, no tiene interés, ni debería tenerlo, en la forma en que se resuelve una disputa. La justicia aquí ya no se mide en términos objetivos de conformidad con respecto a un modelo legal predeterminado, sino de acuerdo con un parámetro subjetivo de mayor o menor satisfacción.

Volveré a todos estos puntos en las conclusiones, infra par. 7. Por ahora, lo que me interesa subrayar es que la teoría de los ADR habla un lenguaje que es radicalmente diferente, y de alguna manera incluso incompatible, con respecto al del derecho tal como lo conocemos.

3. El proceso civil público como componente esencial de la Rule of Law

¿Qué consecuencias puede tener todo esto?

Demos un paso atrás y consideremos el estrecho vínculo conceptual que existe entre el funcionamiento de los tribunales y el concepto (valor) de la Rule of Law. El tema ha sido estudiado en profundidad por muchos filósofos y teóricos del derecho: por lo tanto, me limitaré aquí a recordar tres pasajes, para mí entre los más significativos al respecto.

Joseph Raz incorpora entre los principios de la Rule of Law aquello para lo cual "se debe garantizar la independencia de los tribunales" (número cuatro) y aquello para lo cual "los tribunales deben ser fácilmente accesibles" (número siete). Permítanme citar aquí el contenido del cuarto principio en su totalidad, porque creo que merece ser meditado:

Está en la esencia de los ordenamientos jurídicos el establecer instituciones jurídicas encargadas, entre otras cosas, del deber de aplicar el derecho a los asuntos que tienen ante sí, y cuyas sentencias y conclusiones sobre el fondo de estos asuntos sean definitivas. Dado que cualquier caso, en cualquier área del derecho, puede estar sujeto al juicio final de los tribunales, es obvio que sería inútil pretender orientar las acciones sobre la base del derecho si cuando ese caso llegue a juicio, éstos no aplicasen el derecho, si no que

actuasen por alguna razón diferente. Se puede decir con aun más fuerza. Dado que el juicio de una corte establece de manera concluyente cuál es el derecho del caso que tiene ante sí, las partes se guiarán por el derecho solo si los jueces lo aplicaran correctamente. De lo contrario, las personas solo se guiarán por sus intuiciones personales (guesses) sobre lo que es probable que hagan las cortes, pero estas intuiciones personales no se basarán en el derecho, sino en otras consideraciones (Raz, 1977, p. 217, mi traducción)¹³.

Y así también el filósofo del derecho Jeremy Waldron destacó la importancia de las cortes y de la existencia de reglas formales procesales para todos aquellos sistemas que quieran adaptarse a los dictados de la Rule of Law. De hecho, de manera más radical, él sostiene que sin cortes, y sin las reglas del proceso civil, sería imposible hablar de un "sistema jurídico" en el sentido propio del término:

Por mi parte, no creo que podamos considerar algo así como un sistema jurídico sin la existencia y el funcionamiento de algún tipo de institución a la que llamamos tribunales de justicia. Con este término me refiero a instituciones que aplican normas y directivas establecidas en nombre de toda la sociedad para casos individuales, y que tienen la tarea de resolver las controversias sobre la aplicación de estas normas. Y sigo refiriéndome a instituciones que lo hacen a través de audiencias (hearings), es decir, eventos regulados en sus formas (formal events) y que están estrictamente estructuradas desde el punto de vista del procedimiento (tightly structured procedurally), a fin de permitir a un sujeto imparcial determinar los derechos y las responsabilidades de las personas de una manera justa (fairly) y eficaz, después de haber escuchado las pruebas y las razones de ambas partes (Waldron, 2011, p. 3, mi traducción).

A menudo, y con razón, también se ha subrayado un factor más, a saber, que no basta, para la Rule of Law, simplemente que los tribunales existan y sean accesibles, eficientes, etc., sino también que impartan justicia públicamente y abiertamente; no

¹³ Sobre este punto, cf. también Gardner (2012: 257) comentando la idea de Raz: "la presencia de las cortes resulta más importante para la existencia de un sistema jurídico que cualquier otra institución. Se puede tener un sistema sin una legislatura, sin fuerzas policiales, sin profesiones jurídicas, es decir, un sistema de derecho puramente consuetudinario, pero no se tiene un sistema jurídico hasta que haya cortes, es decir, instituciones procesales (*adjudicative institutions*) que tienen el deber de administrar un sistema de reglas al que ellos mismos están sujetos" (mi traducción).

sólo en el sentido (obvio) de justicia "abierta a todos", sino en el sentido de "no secreta", es decir, observable desde el exterior. Lo cual, por supuesto, es una característica que los mecanismos alternativos no poseen por naturaleza. Recientemente, este punto ha sido enfatizado, entre otros, por Lord Neuberger, Presidente del Tribunal Supremo del Reino Unido:

La Rule of Law requiere que cualquier persona que tenga un reclamo razonable de buena fe debe tener medios efectivos para que su reclamo sea considerado y, si está justificado, satisfecho, y que cualquier persona que enfrente un reclamo (facing a claim) pueda disponer de medios eficaces para defenderse. Y la Rule of Law también requiere que (...) la determinación de tal reclamo se haga públicamente (in public). Así, los ciudadanos deben tener acceso a los tribunales para que sus reclamos y defensas sean resueltos en público y de acuerdo con el derecho (...). Las cortes existen para resolver disputas y vindicar derechos (vindicate rights), y para hacer todo esto en público (Neuberger, 2013, mi traducción¹⁴).

Esta misma necesidad también fue expresada por William Twining quien afirma que donde no hay publicidad no hay justicia, y que efectivamente la publicidad es el alma más íntima de la justicia porque obliga al juez mismo a estar "en juicio" (1993). Más recientemente, la publicidad del proceso como garantía del estado de derecho también fue analizada por Judith Resnik, profesora de Civil Procedure en Yale y una de las críticas más feroces de la privatización de la justicia civil, refiriéndose al trabajo de Jeremy Bentham (Resnik, 2019; 2013; 2011).

Por tanto, parecería haber pocas dudas, al menos desde el punto de vista conceptual, de que para que un sistema sea compatible con la Rule of Law debe existir un sistema de tribunales de justicia, regulado por la ley, encargado de aplicar el derecho, y que sea accesible y público, cuya actividad beneficia a la comunidad.

Se sigue, a contrario, que un sistema en el que la resolución de las controversias está totalmente (o casi) de hecho privatizada, es decir, donde todas (o casi todas) las controversias se resuelven mediante acuerdos secretos (settlements) y no mediante determinaciones sobre el fondo según el derecho -un "mundo sin juicios" como Marc Galanter (2006) lo definió- iría en contra de los requisitos básicos de la Rule of Law.

Dicho esto de una manera completamente general, ahora se trata de mirar más de cerca y con mayor precisión bajo qué perspectivas se puede manifestar en la práctica este contraste.

¹⁴ Véase también Lord Ryder, 2018.

4. Las "virtudes" del proceso civil. Proceso civil y valores democráticos (a partir de una reciente contribución de Alexandra Lahav)

Como ya se mencionó al comienzo de este trabajo, una forma de mirar críticamente la privatización de la justicia civil es resaltar a contrario la función (o funciones) que el proceso civil público desempeña como tal. En particular, queremos destacar aquí que poner fin a la disputa es solo uno de los propósitos del proceso. Si se demuestra que el proceso hace "algo más" que resolver el litigio y que ese "algo más" sólo puede ser proporcionado por el proceso, entonces los motivos de la crítica estarán implícitos. Esta es la postura indirecta adoptada recientemente por algunos críticos de los ADR.

Entre ellos, la procesalista estadounidense Alexandra Lahav, en un apasionante libro titulado de forma provocativa *In Praise of Litigation* caracterizó -y con muchas buenas razones- el proceso civil ante un juez como una institución promotora de la democracia (democratic-promoting institution, Lahav 2017; 2016). Según esta perspectiva, el proceso, además de resolver la disputa, sería capaz de producir otros bienes públicos (social goods) que solo a través suyo sería posible obtener. Estos "bienes públicos" tienen que ver con el "potencial democrático" de la litigation, que en su mayor parte habría sido marginado en los estudios de la doctrina.

Aunque el trabajo de Alexandra Lahav, que en el mundo procesal civil estadounidense ha tenido mucha resonancia, trata el tema desde un punto de vista original y provocador, ha sido en gran parte marginado en la academia continental, donde sin embargo el debate sobre la función pública del proceso ha sido -al menos en una determinada fase- muy animado (ver Carratta, 2017).

Más concretamente, el argumento de la obra de Lahav es que el proceso civil (a) juega un papel de reconocimiento público del mérito del reclamo a ser discutido (recognition); (b) posee por naturaleza y estructura el carácter de las deliberaciones democráticas; (c) promueve el valor de la transparencia, en el sentido de que la información que de otro modo permanecería secreta se hace pública; de manera más general, a través del proceso se implementa un control público (public accountability) sobre las disputas, tanto en términos de cómo se gestionan como en términos de su solución. Finalmente, (d) permite la participación activa de los ciudadanos en la administración de justicia, a través de su participación en los jurados civiles (una peculiaridad, como se sabe, del sistema estadounidense únicamente).

En primer lugar, a través del proceso -dice Alexandra Lahav- la parte obtiene el reconocimiento público y oficial del mérito de su pretensión de ser discutida abiertamente; y eso incluso si la demanda resulta infundada al final. Ésta en todo caso al menos fue tomada en serio por una institución pública. A través del proceso, la parte tiene la oportunidad de que se declare públicamente que su reclamo merece ser considerado, y quizás incluso que es legítimo. En este caso su bondad quedaría legitimada ante la comunidad. De ello se desprende que el proceso trata a los seres

humanos como auténticos titulares de derechos y, por tanto, en su dignidad fundamental (Lahav, 2016).

En segundo lugar, dado que las partes deben aportar pruebas y argumentos en apoyo de sus afirmaciones, y dado que el juez debe tomarlos en cuenta en cumplimiento del principio del contradictorio, el proceso representa en su esencia una forma de deliberación eminentemente democrática (Lahav, 2016; v. también Sen, 2013). Todo esto es un rasgo distintivo, un sello necesario del proceso. Mientras que en las formas privadas de justicia las partes pueden tanto negociar como simplemente negarse a cooperar, y pueden elegir si dar o no sus propias razones para apoyar sus afirmaciones, que a su vez pueden ser aceptadas o no, en el proceso civil los litigantes deben justificar jurídicamente lo que afirman, y estas justificaciones necesariamente forman la base de los argumentos de la contraparte, en el mismo contexto y en el mismo "lenguaje" común y compartido.

En tercer lugar, a través del trial a veces surgen informaciones que son potencialmente vitales para una sociedad que quiere llamarse sana y democrática. Los procesos a menudo revelan problemas sociales o conductas reprobables que de otra manera permanecerían en secreto; el hecho de que se hagan públicos permite la formación de una opinión pública consciente y, por tanto, permite que los distintos actores y organismos políticos puedan tomar medidas para atenderlos adecuadamente. De hecho, Lahav recuerda correctamente la frecuencia con la que se han realizado reformas jurídicas e intervenciones de los legisladores a partir de procesos, en consecuencia de la participación del "organismo social" en los temas discutidos en las cortes. Para aquellos que conocen el derecho estadounidense, la historia que de forma emblemática les viene a la mente sin duda será la de la Tobacco litigation, en la que el comercio de productos para fumar llegó a ser regulado normativamente sólo después de numerosas iniciativas judiciales por daños contra los productores de tabaco; en este sentido, hablamos de "potencial regulatorio" indirecto de la litigation o, más brevemente, del fenómeno de la regulation through litigation (Kagan, 2019, p. 148; Kysar, 2018).

Esta función está completamente ausente en los ADR, que en cambio se inspiran en el principio opuesto del secreto y de la confidencialidad, lo que generaría un déficit democrático real en aquellos países, o incluso en aquellas áreas de derecho, que están totalmente privatizados. La ideología de los ADR que, como hemos visto, considera el conflicto como algo que sólo concierne a las partes, antepondría el interés privado en el secreto a aquello público, social, en la transparencia. Pero -como nos recuerda Lahav en la apertura de su obra- un conflicto nunca es algo completamente privado, sino necesariamente se ubica en un contexto social: "A lawsuit is the result of a tear in the fabric of society" (la primera frase del libro) no significa otra cosa que la herida, el desgarró (tear) que conlleva un conflicto afecta a todo el tejido (Lahav, 2017, p. 1). Y aquí es muy evidente la similitud -ciertamente inconsciente- entre esta postura contemporánea y el enfoque ideológico del gran teórico del proceso civil austriaco del

siglo pasado Franz Klein (el padre y principal partidario de la "función social" del proceso civil), que tuvo el mérito de enmarcar la controversia, cualquier controversia, como un auténtico problema social (sozial Ubel; ver Carratta, 2017). Si el problema es social, entonces social también debe serlo la solución. Y es precisamente la conciencia de esta "socialidad" la base del profundo carácter democrático del proceso.

5. Proceso civil y evolución social del derecho

El valor público del proceso se manifiesta, sin embargo, también bajo un perfil, por así decirlo, "interno" al derecho mismo. Si bien en realidad la conexión de la que acabamos de hablar, es decir, la que existe entre proceso público y valores democrático-deliberativos, se refiere a una necesidad más política que jurídica, en el sentido de que la vida social, la calidad del debate público y la salud de la democracia se benefician de ella, en la perspectiva que ahora considero aquí el proceso civil es un elemento esencial para el "estado de salud" del derecho, entendido estrictamente como orden jurídico autónomo.

Como una primera aproximación, a través del trabajo de los jueces, llamados a interpretar y aplicar el derecho en los casos que se les presenten, el proceso contribuye de manera decisiva al esclarecimiento de los conceptos jurídicos y a la evolución social del derecho: actividades que trascienden el interés de las partes involucradas y que tienen un claro significado público. Esta función fue formulada por Owen Fiss en su clásico artículo *Against Settlement* (Fiss, 1984), fue nuevamente argumentada por el filósofo del derecho David Luban (Luban, 1995) y luego retomada por Hazel Genn más recientemente (Genn, 2012). Lo que resalta esta crítica es que sin un número adecuado de decisiones (en el sentido estricto del término, es decir, decisiones autoritativas sobre el fondo de los casos) y, por tanto, de procesos, el derecho perdería su efectividad con el tiempo, ya que los jueces ya no tendrían la oportunidad de pronunciarse sobre el significado de las disposiciones, interpretándolas y aclarándolas de vez en cuando, ni tendrían la ocasión de llevar a cabo esa sutil función de adecuar el derecho a la sociedad, función que es innegable que de hecho, muy a menudo, la desempeña el poder judicial.

Todo esto es más que evidente en el universo del common law. El derecho privado del common law, de hecho, sigue siendo en gran parte hoy en día, a pesar del peso creciente de la legislación escrita, un judge-made law, al menos en ciertas áreas del mismo. Sin el aporte adecuado de un case law, el derecho dejaría de desarrollarse, es decir, quedaría anclado a lo que era en el pasado. Por tanto, es de interés de la sociedad, para que el derecho siga siendo certero, eficaz, y capaz de orientar el comportamiento de los ciudadanos, que los jueces (y especialmente los jueces de los tribunales supremos) sigan teniendo la oportunidad de pronunciarse sobre cuál es el derecho en los casos individuales, con valor público y autoritario. Como afirma Hazel Genn con extrema claridad "es inevitable que a medida que aumenta la privatización, disminuyan

tantos precedentes, con la erosión gradual del common law" y que "dar la oportunidad, a través del proceso, a los tribunales de articular el derecho es valioso por sí mismo" (is valuable for its own sake, Genn, 2012). ¿Cómo sería el derecho inglés hoy si la Sra. Donoghue hubiera optado por resolver su disputa a través de la mediación? Ésta es la pregunta que Hazel Genn hace provocativamente, en referencia al famoso asunto Donoghue v. Stevenson que por primera vez, en 1932, estableció la existencia de un deber de diligencia en el derecho de daños, uno de los casos que sin duda marcó la historia del derecho privado inglés (Genn, 2012, p. 22). Y cada uno de nosotros no tendría ninguna dificultad en encontrar una pregunta similar con referencia a su propio ordenamiento.

En definitiva, las sentencias (y por tanto los procesos) son fundamentales para la efectividad del derecho privado, ya que (a) ayudan a esclarecer el alcance de las normas jurídicas en los casos presentes para que las potenciales partes de futuras controversias sepan cómo comportarse en futuras situaciones similares (norm-clarification), y (b) contribuyen al desarrollo social del derecho, "creando", cuando sea necesario y a partir del material normativo existente, nuevas reglas que se adapten a nuevos hechos y nuevos casos, de manera que se adapten a las nuevas necesidades de sociedad (norm-generation)¹⁵.

No pretendo detenerme aquí en la cuestión, que es de teoría general del derecho, sobre la distinción entre estas dos actividades, es decir, en qué medida aclarar el significado de las palabras de las que se forma el derecho no es ya un acto creativo del mismo (que nunca ocurre ex nihilo)¹⁶, ni sobre la legitimidad o no de tales actividades. Lo que importa aquí es solo el hecho de que esto sucede realmente y que es la base del funcionamiento del derecho.

Por supuesto, es claro que este argumento presupone una visión realista del derecho, es decir, la conciencia de que el juez no se limita a aplicar el derecho a los hechos de manera mecanicista y silogística, sino que realiza, a través de su interpretación, a menudo una actividad genuinamente creadora. La cual, si no parece particularmente problemática en el mundo del common law, donde el judicial law making es un rasgo típico y distintivo y ahora reconocido abiertamente¹⁷, podría serlo en cambio en el mundo de civil law. Pero esta incertidumbre debe abandonarse pronto. Desde un punto de vista práctico-fáctico, de hecho, la diferencia entre los dos sistemas (al menos en este punto) no debe ser exagerada. De hecho, parece difícil negar que, al menos a nivel concreto, los procesos también cumplen las dos funciones que hemos mencionado también en los sistemas continentales¹⁸.

Echemos un vistazo rápido, por ejemplo, al derecho de la responsabilidad civil. En Italia, las normas fundamentales en torno a las cuales se basa (casi) todo el sistema son

¹⁵ Para más referencias, Giabardo, 2017

¹⁶ Para esta distinción, véase Bulygin, 1991, p. 355.

¹⁷ El papel y la función de esta característica fueron, nuevamente, recientemente examinados por Lord Hodge, 2019; anteriormente, Lord Reid, 1972.

¹⁸ En este punto, véanse las consideraciones de Chiarloni, 2002; 2001.

el art. 2043 del Código Civil que establece: "todo aquel que cause un daño injusto está obligado a indemnizarlo" y el art. 2059 que establece que "el daño moral debe ser indemnizado solo en los casos determinados por la ley". Ahora bien, es evidente que de la mera lectura de estas dos disposiciones lacónicas es prácticamente imposible hacerse una idea, ni siquiera genérica, de lo que es hoy el sistema de responsabilidad civil en Italia (y el discurso no sería diferente ni en Francia ni en Alemania). El sentido de palabras intrínsecamente vagas como "causar", "daño", "injusto", "moral", etc. es fruto de un desarrollo jurisprudencial que se extiende a lo largo de setenta años, y solo teniendo el dominio de este desarrollo es posible comprender lo que es lícito y lo que no. Y por otro lado: ¿se puede pensar con sensatez que una o dos disposiciones redactadas hace casi ochenta años por sí solas pueden seguir siendo eficaces y responder a las necesidades y sensibilidades modernas? La obvia respuesta negativa la demuestra el hecho de que todas las evoluciones más importantes de la historia de la responsabilidad civil se han llevado a cabo a través de la vía judicial, "interpretativo-creativa"; solo para dar algunos ejemplos, piense en la resarcibilidad del "daño moral", del "daño biológico", del "daño existencial", del "daño a la vida social", y nuevamente a la resarcibilidad de los intereses legítimos, etc. (Giabardo, 2020b).

Es evidente que en un sistema total o mayormente privatizado, esto no sería posible. En tal sistema, la determinación del significado de las disposiciones -que también tienen la capacidad de orientar el resultado de la mediación, aunque solo sea por estar "en las sombras"- quedaría enteramente en manos de las partes litigantes y, por lo tanto, de sus relaciones de poder, con diferentes significados caso por caso y sin que el sentido de las palabras se remonte a "unidad". Y, además, en este caso la sociedad evidentemente no podría beneficiarse de los resultados obtenidos por dos razones fundamentales, a saber: (a) que el acuerdo de las partes no constituye la aplicación de una directiva general a un caso concreto, sino que es inevitablemente afectado por las particularidades de los individuos, sus historias, sus necesidades y, por tanto, nunca generalizable y (b) porque el acuerdo es por naturaleza secreto, conocido sólo por quienes lo ponen en práctica.

5.1. ¿Son las sentencias bienes públicos?

Esto explica cómo un sistema público de resolución de disputas basado en el derecho es necesario para mantener el sistema jurídico, por así decirlo, "en buena forma"; y es bien entendido que la necesidad de mantener el derecho "en buen estado" es un objetivo público que trasciende el interés privado. El derecho vive de los conflictos, sigue siendo efectivo y actualizado gracias a los conflictos y a su proceso de resolución público. Sin esto, el derecho, tarde o temprano, a lo largo, está condenado a la irrelevancia.

En el proceso civil así entendido, por tanto, el interés privado y la dimensión pública se cruzan de manera inseparable e indistinguible. No hay oposición entre los dos

términos, sino una interpenetración, en el sentido de que siempre hay un aspecto público de las elecciones privadas. La opción (que es totalmente personal) entre emprender un proceso o resolver el caso extrajudicialmente tiene un impacto en toda la dinámica del derecho privado influyendo en su trayectoria, y puede empujarlo hacia nuevas direcciones (Giabardo, 2017). En la perspectiva adoptada aquí, los sujetos privados (las partes), al perseguir sus propios intereses en juicio, por lo tanto, cumplen una función pública clave: dan a los jueces la oportunidad de "trabajar" en la ley y, por lo tanto, mantenerla relevante y efectiva. La sentencia sería, entonces, un "bien público" precioso (obtenido sin embargo gracias a, y con la colaboración de, sujetos privados) que ramifica sus efectos a todo el ordenamiento jurídico. Con el proceso, a través de la satisfacción del interés privado, se logra así la satisfacción del interés público, y viceversa (Mulcahy, 2013).

Todo esto, visto más de cerca, no es en absoluto nuevo en la historia de las doctrinas del derecho procesal y, de hecho, a este respecto surgen paralelos inesperados entre juristas pertenecientes a diferentes épocas y diferentes culturas jurídicas. Los grandes procesalistas italianos de orientación publicista comprendieron claramente la interpenetración de estos dos intereses. Emilio Betti, aunque por razones muy diferentes a las aquí consideradas, y enfocándose más bien en el interés público por una solución justa, escribe:

El interés de las partes es solo un medio, mediante el cual se logra el propósito del proceso, ya que el interés privado en conflicto se utiliza como dispositivo impulsor para satisfacer el interés público en la implementación de la ley para la composición del conflicto (mi traducción).

Que la parte que tiene razón gane -prosigue- "no es un interés privado de las partes, sino un interés público de toda la sociedad" (Betti, 1936, pp. 4, 5).

Y Francesco Carnelutti, enfatizando la instrumentalidad del interés privado al público, escribirá que "el proceso civil nunca se hace en el interés de las partes", ya que "el interés de las partes es un medio por el cual el fin público del proceso se lleva a cabo" (Carnelutti, 1936, p. 216) y -con más incisividad aún (y muy provocativamente)- que "el juicio no sirve a los litigantes, sino a los litigantes al juicio" (Carnelutti, 1920, p. 142).

Esta ideología encuentra un eco inesperado en las palabras del filósofo del derecho David Luban quien, en un artículo justamente famoso contra la privatización de la justicia civil, afirma que la "concepción pública" no trata al proceso simplemente como un servicio que el Estado presta a las partes para mantener la paz; más bien, trata a las partes como "ocasiones" para reelaborar el derecho. El proceso -dice Luban- es el retrato de la sociedad y de la política y utilizar a los litigantes como estímulo para perfeccionar el derecho, casi reajustarlo, es un interés público legítimo (Luban, 1995, p. 2638).

Aún desde un punto de vista más general y genuinamente filosófico, todo esto nos enseña algo muy importante: que los conflictos, y por tanto su proceso de resolución pública, son una fuerza positiva que previene el estancamiento y obliga a la búsqueda de nuevas soluciones jurídicas a nuevos problemas. Cada sistema jurídico no es más que el resultado de la solución de los conflictos, y sin conflictos, sin luchas, el derecho permanecería firme, congelado. Que es, además, uno de los legados filosóficos del gran jurista Rudolf Von Jhering, en su obra maestra "La lucha por el derecho" (ed. or., 1872).

6. Conclusiones. Proceso civil, seguridad jurídica, igualdad de trato y justicia formal

Como ya se ha mencionado anteriormente, los ADR son una alternativa no tanto al proceso, sino, mucho más radicalmente, al derecho. Dado que el proceso es en su esencia un procedimiento que tiene por objeto resolver la controversia de acuerdo con el derecho (es decir, de acuerdo con directivas generales y abstractas), la crisis del proceso civil es al mismo tiempo, y no podría ser de otra manera, la crisis del derecho como medios de resolución de controversias (Calvo Soler, Ferrer Beltrán, 2007). Existe un paralelo perfecto entre los dos fenómenos; no se puede hablar de uno sin hablar simultáneamente del otro (Giabardo, 2020a).

Marc Galanter vinculó correctamente la privatización de la justicia civil con el "giro contra la ley" (turn against law) que caracteriza a la modernidad (Galanter, 2002). La "falta de fe" (failing faith) en el proceso -para usar la expresión de Judith Resnik- es por lo tanto un síntoma de la pérdida de la fe en el derecho (Resnik, 1986). Es por ello que incluso en los Estados Unidos, donde el fenómeno es más marcado, los juristas más atentos y sensibles a estos temas hablan al respecto de la erosión del derecho sustantivo (erosion of substantive law, Glover, 2015), de la cancelación de los derechos (erasure of rights, Resnik, 2017) e incluso del verdadero fin del derecho (end of the law, Perschbacher, Bassett, 2004; Gilles, 2016).

Ahora se trata de analizar más de cerca en qué consiste esta crisis.

Consideremos nuevamente los argumentos empleados por los defensores de la privatización de la justicia civil, descritos muy brevemente supra (parte 3). Estos giran en torno al hecho de que los ADR brindan una justicia moralmente superior a la que brinda el proceso (rectius, el derecho) porque (a) no se impone "desde arriba" de manera autoritaria, sino surge de la interacción espontánea de partes, y (2) bien puede ir más allá de lo que dicen las normas en cualquier caso particular. Las partes pueden elegir lo que más les conviene y no lo que ya ha sido elegido por el legislador de una vez por todas.

Ahora, lo que quiero argumentar es que esta forma completamente "privada" de concebir la resolución de conflictos puede tener un efecto fatal en dos valores fundamentales normalmente asociados con los sistemas legales: (1) la certeza jurídica

(en su sentido estricto de previsibilidad del resultado de una hipotética disputa) y (2) la igualdad de trato.

Demos un pequeño paso atrás. El derecho, tal como lo conocemos, trabaja para lograr su fin (que es guiar el comportamiento) sometiendo las acciones humanas a reglas, o directivas, que normalmente son generales y abstractas al mismo tiempo, es decir, reglas que idealmente se aplican a todos o a una categoría general de sujetos (generalidad) y que se aplican de manera uniforme a una multitud de casos, es decir a todos los que caen dentro de su ámbito (abstracción). Estos dos componentes forman parte de lo que se ha denominado el "juicio abstracto del derecho" (law's abstract judgment), un rasgo histórico-político tal y como se desarrolla dentro de nuestra tradición (Lucy, 2017; Lucy, 2009a; 2009b).

Esto significa que en nuestro horizonte jurídico las disputas entre individuos nunca son vistas o tratadas en su especificidad y en su pertenencia a personas individuales, sino siempre como parte de un grupo, de una categoría, de una clase más amplia, definida por un elemento, por un hecho común que se generaliza. La justicia exige que toda disputa perteneciente a una misma clase sea resuelta de la misma forma, identificada por la ley de una vez por todas.

Esta forma de funcionamiento del derecho está orientada a la obtención de dos fines muy específicos, uno de carácter político y otro de carácter moral: el primero (el político) es la certeza del derecho, que es la capacidad de cada uno de nosotros de prever las consecuencias legales de las propias acciones; y el segundo (el moral) es asegurar, en la medida de lo posible, la igualdad ante la ley de los sujetos. Intuitivamente: sólo si uno es capaz de saber de antemano en qué categoría cae su comportamiento, podrá cambiar sus acciones si es necesario (propósito político); y sólo si uno percibe que no ha sido tratado de manera diferente a otros individuos que se encuentran en circunstancias similares, considerará justo el trato (fin moral). Estos propósitos han sido descritos magistralmente por Piero Calamandrei:

Sin la ley abstracta, no puede haber en concreto entre los sujetos aquella certeza del derecho que nos permita saber de antemano cuáles son los límites de lo lícito" y que, asimismo, "la ley abstracta es quizás el instrumento lógico a través del cual se manifiesta mejor de forma visible el sentido de solidaridad cristiana e igualdad espiritual que une a los hombres: ya que en la ley no solo se expresa la necesidad de un trato igual garantizada o amenazada a todos aquellos que se pondrán en una determinada condición de hecho, sino el derecho y el deber se afirma siempre en forma recíproca, de modo que cada uno sepa que en el momento mismo en que se afirma su propio derecho, al mismo tiempo reconoce, con base en la propia ley, el derecho del prójimo y su propio deber ante él (...) La formulación abstracta de las leyes significa

precisamente que el derecho no está hecha para mí ni para ti, sino para todos los hombres que vienen mañana a encontrarse en la misma condición en el que yo estoy. Ésta es la gran virtud civilizadora y educadora del derecho. Calamandrei (1940; rist. 2008, p. 84-85) (mi traducción).

Por lo tanto, las reglas del derecho no son más que ejemplos de un caso hipotético cuyas propiedades se encuentran en una multitud de casos en la vida. Para que esto sea posible, por supuesto, las reglas deben tomar en consideración inevitablemente algunos elementos fácticos (por ejemplo, los que ocurren con mayor frecuencia o simplemente los que el legislador considera más relevantes) e ignorar otros; y es precisamente la presencia de este elemento fáctico común lo que hace que dos casos sean similares; similar, por supuesto, a los ojos de la ley.

Y volviendo a nuestro punto. Este "juicio abstracto de la ley" tiene una consecuencia, un impacto muy importante en el proceso civil: en caso de controversia, el juez debe tomar en consideración y evaluar sólo aquellos hechos y circunstancias expresa y explícitamente mencionados por la disposición normativa o por el conjunto de disposiciones. El juez tiene prohibido valorar elementos adicionales como, por ejemplo, las características personales y particulares del demandante, los deseos del demandado, lo que quieren, sus expectativas, etc. (a menos, por supuesto, que ellos mismos sean considerados por la disposición), ni puede tener en cuenta la totalidad de las circunstancias fácticas específicas de ese caso particular, por importantes o relevantes que puedan ser consideradas. Pero es precisamente el hecho mismo de que el juez tenga prohibido hacer todas estas cosas -y el punto es de suma importancia- lo que hace que la decisión sea justa, correcta en el sentido de justa-según-el-derecho, o justa desde el punto formal.

Si miramos de cerca, todo esto contrasta completamente con la visión del derecho y de la justicia típica de los ADR que -como hemos visto- prometen una idea de justicia particular e individualizada. De hecho, en los ADR la disputa que hay que resolver aquí y ahora no se trata como perteneciente a una clase mas amplia, sino como un fenómeno único e irrepetible. Son las partes quienes identifican qué factores de hecho son relevantes para ellos y qué características, deseos y necesidades personales merecen ser consideradas. Incluso las emociones, que siempre son particulares y nunca universalizables por definición, entran en el conjunto de elementos fácticos para la solución de la controversia; Baruch Bush y Folger dirán, "hay hechos en las emociones" (Baruch Bush, Folger, 1996, p. 271).

De ello se desprende que bajo esta perspectiva la justicia no se considera un concepto universal en esencia, sino que está definida por los propios sujetos que son sus protagonistas. La justicia en los ADR es más bien un mosaico, un montaje creativo de muchos fragmentos que se componen de manera diferente (Nolan-Haley, 2018). Por un lado, los asuntos y los settlements anteriores no sirven para la solución de casos futuros; ya no existe seguridad jurídica entendida como previsibilidad ex ante del resultado del

litigio. Por otro lado, la máxima "tratar casos similares de manera similar" en la ideología de los ADR deja de ser un valor que merece ser perseguido, por la simple razón de que -a los ojos de esta teoría- dos casos similares simplemente no existen y por lo tanto tratarlos de la misma forma sería contraproducente y perjudicial. El mensaje simplificado pero efectivo que envían los ADR es este: no hay justicia formal, solo justicia individual, solo justicia ad hoc. El derecho entendido como un conjunto de directivas abstractas y generales no es aquí útil. Pero, cuanto más se rechace el formalismo, menos certeza del derecho e igualdad ante la ley se obtendrá.

Bibliografia

Anderson, D. The Convergence of ADR and ODR Within the Courts: The Impact on Access to Justice. 38(1) Civil Justice Quarterly, 2019, 126.

Baruch Bush, Robert A., Folger, Joseph P. Reclaiming Mediation's Future: Re-Focusing on Party Self-Determination. 16 Cardozo J Conflict Resol., 2015, 741.

---- Taking Self-Determination Seriously: The Centrality of Empowerment. In Joseph P. Folger, Robert A. Baruch Bush and Dorothy J. Della Noce (a cura di), Transformative Mediation: A Sourcebook. Belfast, 2010, 51.

---- Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of Transformative Mediation Practice. 13 Mediation Quarterly, 1996, 263.

---- The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment And Recognition'. Jossey – Bass, 1994.

Betti, Emilio. Diritto processuale civile italiano. Roma, 1936.

Bulygin, Eugenio. Sentencia judicial y creación de derecho. En Alchourrón C.E. y Bulygin E., Análisis Lógico y Derecho, Madrid, 1991, 355-369.

Burns, Robert P. What Will We Lose If the Trial Vanishes? 37 Ohio Northern University Law Rev., 2011, 575.

---- The Death of The American Trial. University of Chicago Press, 2009.

Calamandrei, Piero. Fede nel diritto (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Roma – Bari, 2008.

Carnelutti, Francesco. Sistema di diritto processuale civile, Vol. I, Padova, 1936.

---- Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Padova, 1920.

Chiarloni, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2002, 1 – 16.

---- Un mito rivisitato: nota comparative sull' autorità del precedente giurisprudenziale. Rivista di diritto processuale, 2001, 614 – 632.

Calvo Soler, Raul, Ferrer Beltrán, Jordi. “Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico”, in Varano V. (a cura di), L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato, Giuffrè, 2007, 107.

Carratta, Antonio. Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo. *Rivista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile*, 2017, 579.

Coleman, Jules, Silver, Charles. *Justice in Settlements*. Soc. Phil & Pol, 1986, 102.

Damaška, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986.

Edwards, Henry T. *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 *Harvard Law Review*, 1986, 668.

Farrow, Trevor. *Civil Justice, Privatization and Democracy*. Toronto University Press, 2014.

Fiss, Owen. *Against Settlement*. 93 *Yale LJ*, 1984, 1073.

Fuller, Lon L. *Mediation - Its Forms and Functions*. 44 *S Cal L Rev*, 1971, 305.

Galanter, Marc. *A World without Trials*. 7 *Journal of Dispute Res.*, 2006, 7.

---- *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*. 3 *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, 459.

---- *The Turn against Law: The Recoil against Expanding Accountability*. 81 *Texas L Rev* 2002, 2825.

Gardner, John, *The Twilights of Legality*. 43 *Australasian Journal of Legal Philosophy*, 2018, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109517 (Oxford Legal Studies Research Paper No. 4/2018).

---- *The Virtue of Justice and the Character of Law*. In Id., *Law as a Leap of Faith*. Oxford University Press, 2012, 238

Genn, Hazel. *What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice*. 24 *Yale JL & the Hum*, 2013, 397.

---- *Why the Privatisation of Civil Justice is a Rule of Law Issue*, 36th FA Mann Lecture, 2012 (available at www.laws.ucl.ac.uk).

---- *Judging Civil Justice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Ghirga, Maria F. *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*. *Rivista di diritto processuale*, 2009, 357 – 380.

Giabardo, Carlo V. Private Law in the Age of the Vanishing Trial. In Kit Barker, Karen Fairweather, Ross Grantham (a cura di) Private Law in the 21st Century, Oxford, Hart Publisher, 2017, 547.

---- Should ADR Mechanisms Be Mandatory? Rethinking Access to Court and Civil Adjudication in an Age of Austerity. 44 Exeter LR, 2018, 25.

--- Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law. 4 Wolverhampton Law Journal, 2020a, 14.

--- Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile). Giustizia Insieme, 2020b, <https://www.giustiziainsieme.it/it/scienza-logica-diritto/1284-per-la-chiarezza-di-idee-in-tema-di-creazione-giudiziale>

Gilles, Myriam. The Day Doctrine Died: Private Arbitration and the End of Law. University of Illinois L Rev, 2016, 371.

Glover, Maria. Disappearing Claims or the Erosion of Substantive Law, 124 Yale LJ 2015, 3052.

Hayne, Kenneth, The Vanishing Trial, Supreme and Federal Courts Judges Conference, Sydney, 2008,

<https://www.hcourt.gov.au/publications/speeches/current/speeches-by-justice-hayne-ac>

Hodge, Lord, The Scope of Judicial Law-making in the Common Law Tradition, Max Planck Institute of Comparative and International Private Law, Hamburg, 28 ottobre 2019, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191028.pdf>

Kagan, Robert. Adversarial Legalism. Harvard University Press, 2019 (ed. or., 2001).

Kysar, Douglas A. The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism. 9 European Journal of Risk Regulation, 2018, 48.

Lahav, Alexandra, In Praise of Litigation, Oxford University Press, 2017.

---- The Role of Litigation in American Democracy. 65 Emory LJ, 2016, 1657.

Langbein, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States, 122 Yale L.J., 2012, 522.

Luban, David. Settlement and the Erosion of Public Realm. 83 Georgetown Law Journal, 1995, 2619.

Lucy, Williams. *Law's Abstract Judgment*. Oxford, Hart Publisher, 2017.

---- Abstraction and Equality. 62 CLP, 2009a, 22.

---- Abstraction and the Rule of Law. OJLS, 2009b, 481.

Luiso, Francesco P. *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*. *Giurisprudenza Italiana*, 2019, 2132.

---- *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia? Il giusto processo civile*, 2011, 325.

Main, Thomas O. *ADR: The New Equity?* *University of Cincinnati L Rev.*, 2005, 329.

Menkel-Meadow, Carrie. *Toward a Jurisprudence of Law, Peace, Justice, and a Tilt Toward Non-Violent and Empathic Means of Human Problem Solving*. 8 *Unbound: Harv. J. Legal Left*, 2013, 79-108;

---- *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Plural Legal Processes*. 94 *Geo. L. J.* 2006, 553.

---- *Aha? Is Creativity Possible in Legal Problem Solving and Teachable in Legal Education?* 6 *Harvard Negotiation Law Rev*, 2001, 97.

---- *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*. 16 *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 2000, 1.

---- *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*. 83 *Georgetown Law Journal*, 1995, 2663.

---- *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*. 31 *University College Los Angeles L Rev*, 1984, 754.

Mnooking, R., Kornhauser, L. *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*. 88 *Yale Law Journal*, 1979, 950.

Mulcahy, Linda. *The Collective Interest in Private Dispute Resolution*. 33 *OJLS* 2013, 59.

Nader, Laura. *The Globalization of Law: ADR as "Soft" Technology*. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 1999, 304.

Neuberger, David. *Justice in an Age of Austerity*, Tom Sargent Memorial Lecture, 2013, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131015.pdf>

Nolan-Haley, Jacqueline. *Does ADR's "Access to Justice" Come at the Expense of Meaningful Consent?* 33 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2018, 373.

---- The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. 6 *Cardozo J of Disp Res*, 2004, 57.

---- Court Mediation and the Search for Justice Through Law. *Washington Un L Quart*, 1996, 47.

Pérez Ragone Álvaro J., Copani Juan C. Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos? *Revista de Derecho de la P. U. C. de Valparaíso*, 2006, 155.

Perschbacher, Rex R., Bassett, Debra L. The End of Law. 84 *Boston University L Rev*, 2004, 1.

Picardi, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. Il giusto processo civile, 2011, 1067.

Raz, Joseph. The Rule of Law and Its Virtue. 93 *L. Quarterly Rev.*, 1977, 195.

Reid, Lord. The Judge as a Lawmaker. 12 *Journal Society Public Teachers of Law*, 1972, 22.

Resnik, Judith. The Functions of Publicity and of Privatization in Courts and Their Replacements (from Jeremy Bentham to #MeToo and Google Spain). In Burkhard Hess, Ana Koprivica Harvey (a cura di), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Nomos, 2019, 177.

---- Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights. 124, *Yale Law Journal*, 2015, 2804.

---- The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75. 162 *U. Pa. L. Rev.*, 2014, 1793.

---- The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, 'Publicity', and the Privatization of Process in the Twenty-First Century'. *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law & Justice* 77, 2013, <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo10RESNIK.pdf>

---- Bring Back Bentham: Open Courts, Terror Trials and Public Spheres. 5 *Law & Ethics of Human Rights*, 2011, 226.

---- For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. 58 *U. Miami L. Rev.*, 2003, 173.

---- Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline. 53 *University of Chicago L Rev.*, 1986, 494.

Resta, Eligio. *Diritto fraterno*, Roma – Bari, 2004.

Ryder, Lord E. *Securing Open Justice*, Max Planck Institute Luxembourg For Procedural Law & Saarland University, Luxembourg, 2018
<https://www.judiciary.uk/announcements/speech-by-sir-ernest-ryder-senior-president-of-tribunals-securing-open-justice/>

Sen, M. *Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System*. 27 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Policy*, 2013, 303.

Silverstri, Elisabetta. *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020.

Smith, David N. *A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation*. 26 *The Am J Comp L.*, 1978, 205.

Sorabji, John. *Austerity's Effect on English Civil Justice*. *Erasmus Law Review* 2015 (online).

Twinning, William L. *Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement*. 56 *Modern L Rev*, 1993, 384.

Von Jhering, Rudolf. *La lucha por el derecho*, Comares, 2008 (ed. or. *Der Kampf um's Recht*, Vienna, 1872).

Waldron, Jeremy, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*. In James E Fleming (a cura di) *Getting to the Rule of Law*, New York University Press, 2011, 3.