

## ASPECTOS DE CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL: FRAGMENTACIÓN Y PRIVATIZACIÓN (\*)

Michele TARUFFO  
Universidad de Pavía

### I

A partir del fin del derecho común y de la formación del proceso civil moderno –es decir, para fijar una referencia precisa, de la reforma revolucionaria de 1790 en Francia– y sobre todo con la teorización de la justicia civil que atraviesa Europa en el siglo que está por terminar, la cultura jurídica ha estado dominada de manera más o menos consciente por un modelo ideal de proceso civil. Este modelo ha tenido varias versiones y presenta aspectos múltiples, algunos de los cuales han sido consagrados también en diversas Constituciones surgidas después de la segunda guerra mundial, pese a lo cual –aunque sea de manera muy aproximada– es posible delinear su núcleo fundamental.

Los elementos esenciales de este núcleo se pueden reducir a dos, al menos para lo que interesa a los efectos de este trabajo. El primer elemento está representado por la idea de una justicia «pública», administrada desde el Estado por medio de jueces independientes e imparciales, dotados de especialización profesional y del *status* de funcionarios públicos (elegidos, retribuidos, formados y organizados según los principios que gobiernan en general la administración pública). El segundo elemento está constituido por la existencia de una disciplina normativa del proceso que por lo menos tiende a ser unitaria, coherente y completa: no por casualidad la idea dominante a propósito de la ley procesal es la del «código de procedimiento civil», entendido como el instrumento capaz de asegurar –a todos del mismo modo– la tutela jurisdiccional de los derechos.

---

AFDUAM 3 (1999), pp. 61-75.

(\*) Conferencia pronunciada el 26 de noviembre de 1998 en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

No es posible examinar aquí las desviaciones y las variaciones que el modelo ideal ha conocido en la experiencia concreta de los distintos ordenamientos procesales, entre otras cosas porque esto podría hacer perder de vista el objetivo de este trabajo. Por otra parte, las desviaciones y variaciones respecto de los modelos ideales son intrínsecas a la historia de los sistemas jurídicos, y particularmente a la de los sistemas de administración de justicia. Se podría decir que lo que cuenta realmente es que los modelos existan y funcionen como extremo asintótico que inspira la evolución de los ordenamientos concretos.

Las consideraciones que se exponen aquí van en una dirección distinta e intentan más bien individualizar factores y tendencias de ruptura del modelo, o bien –para usar una expresión común, kuhniiana– de cambio de paradigma. Puede ser difícil establecer analíticamente una distinción entre la desviación de un modelo o una variación del mismo, que sin embargo lo presuponen como existente y válido, y la ruptura o el cambio del paradigma, que implican la superación o el abandono, entre otras cosas porque entre los dos órdenes de fenómenos hay a menudo una larga y complicada transición. Merece la pena, sin embargo, concentrar la atención en los fenómenos de ruptura y de cambio radical del paradigma ideal de la justicia civil, separándolos implícitamente de fenómenos de variación y de evolución que se dan al interior de tal modelo.

Con el propósito de hacer el razonamiento un poco menos vago y genérico se puede usar una distinción entre: a) elementos que tienden a romper la unidad y la coherencia del sistema, introduciendo diferenciaciones que se refieren a los elementos esenciales del mismo, y b) factores que tienden a reducir drásticamente el campo de aplicación del modelo ideal de justicia civil, y a llenar el vacío así creado con modelos diversos y alternativos de métodos para la resolución de las controversias.

## II

Los elementos que tienden a poner en crisis la unidad y la coherencia del sistema procesal son muchos y diversos, por lo cual sería absurdo pretender redactar una lista completa. Sin embargo, dichos elementos se pueden subdividir –por comodidad expositiva– en dos grandes categorías (sin excluir, por otra parte, que entre las cosas comprendidas en estas categorías haya conexiones o, aún más, superposiciones).

En una primera categoría se pueden reagrupar los factores que hacen emerger razones más fuertes y profundas de diferenciación al interior del contencioso civil considerado en su generalidad. Se podría decir también, subjetivizando el razonamiento, que en realidad lo que aumenta es la percepción o la conciencia de las diferencias, más que las diferencias en su realidad objetiva, pero esta distinción –aunque interesante– no puede ser desarrollada aquí.

El fenómeno de la diferenciación es a su vez variable y complejo, pero dos de sus aspectos merecen ser aquí subrayados. Uno de estos aspectos atañe a la diferenciación que deriva de factores o exigencias de *especialización* de la justicia civil. También este término puede tener varios significados, pero aquí interesa sobre todo uno, que provoca y justifica la ruptura de la unidad del sistema. Al respecto valga sobre todo el ejemplo del ordenamiento francés, que se caracteriza por la presencia de numerosas *juridictions d'exception* en materia civil. Éstas comprenden algunas áreas muy importantes del derecho sustantivo que en otros ordenamientos (como por ejemplo en Italia) constituyen materia de jurisdicción civil general indiferenciada, y que en Francia constituyen en cambio materia de jurisdicciones «especiales», en las que las controversias son juzgadas por órganos diversos y distintos de los jueces ordinarios, y conforme a procedimientos a su vez diferentes de los ordinarios. Se trata por ejemplo de las relaciones de trabajo, sobre las que deciden los *conseils de prud'hommes*, de los asuntos comerciales, sobre los que deciden los *tribunaux de commerce*, y de los contratos agrarios, que son de competencia de los *tribunaux des baux ruraux*. Varias razones, sobre todo de carácter histórico, explican el origen y el mantenimiento de las *juridictions d'exception* francesas. Su característica fundamental es, sin embargo, la de ser especiales por estar especializadas, vale decir por ser capaces de proveer valoraciones –esencialmente a través de la presencia de jueces legos que en diverso modo están dotados de competencia técnica específica sobre materias particulares– que se consideran adecuadas a la peculiaridad de los diversos tipos de controversias. Sobre este particular, el aspecto más interesante en una perspectiva general es precisamente el de la diferenciación. Ésta deriva de una elección de *policy* que consiste en distinguir tipos particulares de controversias del indistinto *mare magnum* del contencioso civil, profundizando esta distinción hasta superar el principio –que en cualquier otro ordenamiento llega a ser un dogma– de la llamada «unidad de la jurisdicción». Nótese que en esta elección de fondo no hay nada de necesario o inevitable: basta observar que en otros ordenamientos de la misma «familia» las mismas materias no son objeto de jurisdicciones distintas (como por ejemplo las controversias de trabajo o comerciales en Italia y otros países) y que –como máximo– la exigencia de especialización técnica del órgano que juzga viene satisfecha al interior de la jurisdicción ordinaria con la institución de comisiones que incluyen también expertos (como sucede en Italia en las secciones agrarias especializadas y, en algunos aspectos, en los *Arbeitsgerichte* alemanes y austríacos).

El segundo aspecto que la diferenciación puede asumir se basa en una distinción que puede ser trazada entre tipos diferentes de controversias en función de su complejidad. Ésta puede derivar de distintos elementos como el número y la dificultad de las cuestiones de hecho o de derecho a resolver, la presencia de más partes y de intereses diversos así como el elevado valor de la controversia, o también

de la presencia simultánea de todos estos elementos o de algunos de ellos. Así, por ejemplo, se termina distinguiendo en un extremo de la escala la «justicia menor» o los *small claims*, que se presumen más simples sólo porque atañen a valores económicamente limitados, y en el otro extremo de la escala se coloca el fenómeno de la *complex litigation*. La zona intermedia resulta ocupada por un conjunto indiferenciado de controversias «medias», que no tienen características tales que se las pueda reconducir a alguna de las dos categorías extremas. En muchos ordenamientos la consecuencia de esta distinción resulta ser la diferenciación de los modelos procesales, y a veces también de los jueces que deciden las controversias. Así por ejemplo la justicia menor se sirve de procedimientos simplificados y es a menudo confiada a jueces no togados, mientras que la *complex litigation* requiere instrumentos procesales a menudo muy sofisticados, que requieren manuales especializados y cursos universitarios (como sucede en los Estados Unidos).

### III

Una segunda categoría que incluye varios fenómenos se caracteriza por producir variaciones relevantes –al interior del sistema procesal– esencialmente en función y a favor de grupos o categorías particulares de sujetos que obtienen del legislador un tratamiento normativo particular, distinto de aquel que es válido para otros sujetos de derecho de ese ordenamiento. De hecho en los sistemas jurídicos modernos son numerosos los estímulos en favor y apoyo de grupos, clases, corporaciones, categorías, que se distinguen del «resto del mundo» en base a los criterios más diversos (sexo, raza, lengua, etnia, profesión, y otros), y que pretenden –y a menudo obtienen– estatutos normativos privilegiados. No pocas veces estos estatutos privilegiados son muy complejos e incluyen tanto normas sustanciales como normas procesales.

En muchos casos las normas sustanciales atienden a reequilibrar posiciones, a remediar injusticias o a impedir ilícitas o impropias discriminaciones «reales»: baste pensar en las normas sustanciales que proveen protección especial a los derechos de las mujeres o de los trabajadores, o que atienden a evitar discriminaciones en perjuicio de las minorías étnicas, lingüísticas o raciales. Sin embargo –y aunque se puedan compartir las elecciones éticas o políticas que están en la base de estas normas–, subsiste el hecho de que ellas privilegian a determinados sujetos, distinguiéndolos de la generalidad indiferenciada de sujetos de derecho de un ordenamiento dado y atribuyéndoles situaciones jurídicas «especiales». A menudo esto se hace por medio de normativas particulares «de sector» que introducen derogaciones y excepciones a las normas generales que usualmente están contenidas y ordenadas en la codificación civil. La tendencia que se verifica en numerosos ordenamientos va en el sentido de multiplicar estas disciplinas particulares, al tiempo

que nuevos y más numerosos sujetos e intereses consolidados pretenden y obtienen un tratamiento privilegiado. No por casualidad se ha hablado a este respecto de «edad de la descodificación», precisamente para indicar la fragmentación de la disciplina legal, y la pérdida de aquel modelo de ley unitaria, coherente y completa que a partir del *code Napoléon* fue recogido (con o sin razón) en los códigos de derecho sustantivo.

Algo similar –al menos en líneas generales– ocurre también en el ámbito del derecho procesal. En realidad, siempre han existido procedimientos especiales al lado del procedimiento ordinario y han sido más bien numerosos, ya que los legisladores procesales han tenido siempre en cuenta (a menudo también al interior de los códigos de procedimiento) la peculiaridad de situaciones o relaciones especiales que requieren procesos particulares. Baste recordar la quiebra o el divorcio, o en general las materias de «jurisdicción voluntaria», para tener ejemplos clásicos y muy extendidos al respecto. El fenómeno más importante se verifica sin embargo cuando se individualizan sujetos particulares cuyos derechos e intereses son considerados merecedores de una tutela especial, que requiere la creación de instrumentos procesales *ad hoc*. Naturalmente en todos estos casos la premisa es que se considera inadecuado, por una razón o por otra, el proceso ordinario, ya que de otro modo no habría motivo para inventar otros procedimientos especiales.

Es así que los sujetos de derecho (o las situaciones jurídicas a ellos atribuidas) se pueden diferenciar y agrupar en dos grandes categorías, según que: a) se considere adecuada y suficiente la tutela jurisdiccional ofrecida por el proceso ordinario; b) esta tutela no sea considerada adecuada y suficiente, y por tanto se considere necesario crear formas especiales de tutela, posiblemente diseñadas de modo específico en función de las particularidades de los distintos sujetos y de sus derechos e intereses. El fenómeno que aquí se intenta poner en evidencia es que, mientras en el pasado la categoría a) incluía la mayor parte de los casos y de las controversias, mientras la categoría b) era considerada sustancialmente marginal y era en cualquier caso minoritaria, la tendencia que actualmente se extiende cada vez más va en el sentido de ampliar la categoría b) y de considerar progresivamente como residual la categoría a). En suma: todos aquellos que no han conseguido (todavía) obtener un tratamiento procesal privilegiado deberán contentarse con la tutela jurisdiccional ordinaria, con todos sus defectos e inconvenientes.

Los ejemplos que pueden ilustrar este punto son muchos, pero tres de ellos –que surgen en momentos históricos distintos– pueden resultar suficientes.

El primer ejemplo está constituido por los procedimientos sumarios que en muchos sistemas son introducidos en las primeras décadas del siglo con el fin de asegurar al acreedor la simple y rápida satisfacción de su crédito, aunque sea a costa de sacrificar muchas reglas procesales y a veces también los derechos del deudor. Se aducen distintas razones para justificar este procedimiento (eficiencia, economía, rapidez en la circulación del dinero, etc.), y muchas de estas razones son

seguramente válidas. Persiste, sin embargo, el hecho de que la posición del acreedor (y a veces, como sucede en Italia, sólo de aquel acreedor en particular que ha sido precavido y se ha procurado la prueba escrita del crédito) se ve fuertemente privilegiada respecto de la del deudor, quien primero es condenado y luego, quizás, podrá hacer valer sus derechos (tal vez soportando la ejecución forzosa antes de poder defenderse).

El segundo ejemplo lo constituyen los procedimientos especiales en materia de trabajo. Aquí es principalmente la naturaleza particular de los derechos del trabajador, y su típica posición de debilidad socioeconómica en comparación con quien da trabajo, la que requiere sobre todo la implementación de un procedimiento rápido (*venter non patitur dilationem*). De esto se sigue la construcción de procesos especiales caracterizados por una notoria simplificación estructural además de la concentración, anticipación en el tiempo de los efectos ejecutivos, mayores poderes del juez, y otros artilugios procesales dirigidos a garantizar la rápida solución de las controversias, que confieren todas las ventajas a la parte que se presume que tiene razón en la mayor parte de los casos, vale decir el trabajador.

El tercer ejemplo, bastante más reciente pero ya muy importante, está constituido por la tutela del consumidor. Aquí la posición de un contratante en particular, hasta hace pocos años no diferenciada de la de cualquiera que realizara negocios jurídicos, es considerada como particularmente necesitada de remedios procesales contruidos *ad hoc* a causa de la «debilidad» del consumidor frente al contratante «fuerte» (es decir el productor/vendedor de bienes y servicios) que se supone en situación de imponer las propias condiciones (a menudo inicuas y vejatorias). Sobre todo, emerge la conciencia de la dimensión *colectiva* o supraindividual de los derechos y de los intereses de los consumidores, a pesar de que el criterio que individualiza a los consumidores como grupo o como categoría sea simplemente su colocación en el rol de adquirentes o usuarios de los bienes o de los servicios ofrecidos por el mercado. De esto se sigue la creación de instrumentos de tutela colectiva, que van de la *Verbandklage* alemana a la inhibitoria introducida recientemente en Italia, que dado precisamente su carácter supraindividual ponen en crisis uno de los dogmas más importantes del derecho procesal clásico, es decir, el carácter rigurosamente individualista de la tutela jurisdiccional y de sus instrumentos.

#### IV

La presencia de fenómenos de esta índole no significa que la única actitud posible consista en asistir a su estallido, recitando el *de profundis* en memoria de los modelos clásicos de la justicia civil. Una pregunta que en cambio puede surgir es si de verdad estos fenómenos son inevitables, como si estuvieran guiados por una

especie de necesidad ciega y absoluta, o si en cambio son posibles otras orientaciones estratégicas y otras elecciones en cuanto a la política jurídica.

No se trata, naturalmente, de negar de modo poco realista que el orden socioeconómico de los sistemas actuales, la creciente complejidad de las relaciones jurídicas, la aparición de nuevos sujetos y nuevos intereses y necesidades, tengan por consecuencia el surgimiento de situaciones jurídicas diferenciadas respecto a la figura tradicional del «derecho subjetivo individual», y que por tanto expresen exigencias de tutela particularmente fuertes. Más bien, se trata de preguntarse cuál es la mejor respuesta institucional a estas exigencias: si es verdaderamente necesario transitar la senda de la construcción de estatutos procesales privilegiados siempre más numerosos y variados, de modo de exaltar la lucha por la obtención de privilegios como dinámica fundamental de la evolución de la tutela jurisdiccional, o si, en cambio, estas mismas exigencias requieren ser afrontadas no caso por caso, sujeto por sujeto, grupo por grupo, sino a través de reformas que hagan adecuado y eficiente el modelo-base de la justicia civil, es decir aquel que en principio *vale para todos*.

La perspectiva de los privilegios –aunque cada uno esté motivado en razones justas– parece de hecho discutible y peligrosa por al menos dos tipos de motivos. El primero es que también los sujetos que en un cierto momento histórico no tienen la fuerza o la posibilidad de conquistar un tratamiento procesal privilegiado tienen siempre derecho a una tutela jurisdiccional accesible y efectiva. Precisamente no hay que olvidar que la justicia ordinaria es «de todos», y que todos tienen derecho a ver tutelados sus derechos (como está escrito en muchas Constituciones modernas). De otra parte, la realización de este valor fundamental requiere que se introduzcan reformas generales y profundas de la justicia ordinaria, tales que hagan que nadie sea privado –*de facto*, si no *de jure*– de su derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva. Esto implica una inversión neta de tendencia respecto a la multiplicación de los procesos especiales.

El segundo motivo se basa en el principio de igualdad. Dividir el universo de los que disfrutan de la justicia civil entre privilegiados, que gozan de instrumentos procesales contruidos en cada caso a la medida de sus intereses particulares, y *underprivileged* constreñidos a servirse de un proceso ordinario anticuado, lento, costoso e ineficiente, es una operación que contrasta con los valores de corrección y de igualdad de tratamiento que constituyen la base más sólida de todo ordenamiento jurídico moderno, y que valen sin duda alguna también en el campo de la administración de justicia.

Para salir de la dinámica negativa de los privilegios, no es sin embargo necesario un regreso antihistórico a la «pureza perdida» del antiguo modelo ideal de la justicia civil. En el fondo, precisamente los fenómenos a los que se ha hecho referencia –y que han provocado la fragmentación del sistema– han demostrado la inadecuación del modelo clásico –no obstante su coherencia y unidad– frente a la ne-

cesidad de tutela jurisdiccional efectiva. Por muchas razones la crisis del modelo tradicional debe ser considerada irreversible. En consecuencia, pretendidas reformas que se resuelvan en meras operaciones de maquillaje de tal modelo están destinadas al fracaso.

Merece la pena preguntarse si no sería posible partir de los éxitos de la fragmentación (vale decir de algunos contenidos de los estatutos procesales privilegiados) para reconstruir una homogeneidad distinta del sistema de justicia civil. Se puede de hecho imaginar una perspectiva de superación de la fragmentación en un sistema distinto, cuya coherencia y homogeneidad esté orientada por valores como el de igual trato de todos los sujetos, la garantía del acceso a la justicia y la efectividad de la tutela jurisdiccional. Se trataría entonces de considerar el fenómeno de la fragmentación, y la consecuente pluralidad de disciplinas normativas privilegiadas, no como un punto de llegada sino como una fase de transición que señala la crisis del modelo clásico pero que hace emerger los elementos para construir un modelo nuevo. No es posible trazar aquí de manera organizada los lineamientos de este modelo que en parte son todavía confusos en medio del desorden de demasiadas experiencias originales y dispersas. Sin embargo es posible pensar en un sistema en el cual, por ejemplo, el principio de concentración sea realmente aplicado, la tutela inhibitoria esté disponible en general, la ejecución de las disposiciones del juez sea siempre asegurada con remedios ejecutivos adecuados, las acciones colectivas sean admitidas en todos los casos en que se trate de tutelar intereses supraindividuales, etcétera. En suma, la crisis del modelo clásico podría ser considerada como un fenómeno positivo, además de difícilmente evitable, si provee los «materiales» para construir un sistema de justicia civil coherente y homogéneo, y sin embargo adecuado a las necesidades de tutela que surgen en la actual fase histórica.

## V

Junto a los fenómenos de fragmentación del sistema de justicia civil ha surgido desde hace tiempo –aunque en los últimos años ha tomado un ritmo acelerado– una tendencia a reducir el campo de operatividad de la justicia «pública» y a llenar el vacío que así viene a crearse con formas alternativas de resolución de las controversias. Se trata del ya bien conocido fenómeno de la *Alternative Dispute Resolution*, que en las últimas décadas ha tenido un importante impulso en los Estados Unidos y que se va difundiendo ahora –también por una suerte de moda cultural– en muchos otros ordenamientos. Dado que en gran medida los métodos de *ADR* están representados por formas de solución o arreglo de los litigios que se ubican fuera de la jurisdicción estatal, se habla a este respecto de «justicia privada» precisamente para contraponerla a la justicia «del Estado». A veces la ley se ocupa de



dichos métodos (como sucede con ciertos aspectos del arbitraje), y en algún caso prescribe incluso como obligatorio el recurso a estos métodos alternativos (como sucede en algunos casos para la conciliación), pero esto no quita que se trate siempre de instrumentos distintos de la tutela jurisdiccional en sentido estricto.

A decir verdad, siempre han existido métodos de solución de las controversias distintos del proceso jurisdiccional: baste con pensar en el arbitraje comercial, nacional e internacional, y en las múltiples formas de conciliación presentes en numerosos ordenamientos. En realidad, el problema no lo constituye la pura y simple existencia de estos fenómenos, sino la multiplicación que éstos experimentan, tanto como la difundida idea según la cual ellos serían ya los «verdaderos» modos para resolver controversias, mientras la justicia pública debería ser relegada a un rol secundario y residual. Sobre este problema merece la pena realizar algunas consideraciones.

Ante todo hay que aclarar que en la base del problema existen esencialmente dos tipos de razones conexas pero distintas. El primer tipo de razones está constituido por la inadecuación y la crisis de funcionalidad y eficiencia que caracteriza a la justicia estatal en muchos ordenamientos. Donde la justicia «pública» es lenta (*justice delayed justice denied*), costosa, poco accesible e incapaz de proveer una tutela efectiva de los derechos, es inevitable que se piense en otros métodos para resolver controversias que justamente se sitúan «fuera» de la jurisdicción. Para decirlo de otra manera, el vacío provocado por la falta de adecuación de la justicia «pública» tiende a ser llenado por la justicia «privada». No por casualidad cuando la justicia «pública» alcanza cuotas aceptables de eficiencia la necesidad de métodos de ADR se siente menos (como sucede, por lo que parece, en Alemania). Debe notarse por otra parte que este fenómeno no basta por sí solo para resolver el problema de la falta de adecuación de la tutela jurisdiccional, sobre todo porque no es claro que todas las controversias que no encuentran la vía de la tutela jurisdiccional encuentren la de los métodos alternativos.

La segunda razón que está en el origen de la expansión de las técnicas de ADR se relaciona con la ideología de lo «privado» que va reconquistando espacios en muchos ámbitos de la sociedad actual. Además de la creciente desconfianza por todo aquello que sea considerado en algún modo «público», y de la tendencia a celebrar los fastos de la autonomía y de la iniciativa del individuo privado, existen también tendencias más específicas que apuntan al problema de la resolución de las controversias. No se trata sólo de una cuestión de eficiencia, como aquella a la que se acaba de hacer referencia, para la cual las disfunciones de la jurisdicción habrían hecho necesario el recurso a los métodos alternativos. Entran en juego también factores culturales e ideológicos de diverso tipo, en razón de los cuales se considera por ejemplo que resulta más oportuno consentir que las partes determinen incluso el procedimiento para la solución de sus conflictos, escogiéndose jueces *ad hoc* (como sucede por ejemplo en el arbitraje), o bien se considera que la «lógica

del compromiso» y del acuerdo es preferible a la lógica de la decisión rigurosa en términos de sí/no, o se piensa que los métodos alternativos consienten en alcanzar soluciones individualizadas de los problemas de las partes, teniendo en cuenta las peculiaridades específicas que el juez no podría tener en cuenta, o, aún más, se considera preferible que los conflictos se resuelvan según criterios de equidad antes que en base a la aplicación rigurosa de la ley, etcétera. Resulta, en suma, un modo de pensar que a menudo se basa en ideas al menos vagas e indeterminadas, pero que sin embargo cristalizan en torno a los valores del individualismo privado, como son la autonomía de los sujetos, la oportunidad de conciliar posiciones contrapuestas, el «permanecer alejado del Estado», la contratación y el acuerdo como métodos prioritarios de comportamiento, y la prioridad concedida a las características peculiares de cada caso o de cada una de las personas involucradas.

La interacción y la combinación de estos dos tipos de razones forman un *mix* que constituye un impulso poderoso en el sentido de reducir el campo de aplicación de la tutela jurisdiccional, extendiendo en consecuencia el área de conflictos que deberían ser afrontados con uno u otro método alternativo en lugar de recurrir a la justicia del Estado.

## VI

Sin embargo, no es claro que este fenómeno no haga surgir problemas. Por el contrario, más allá del comportamiento de unos pocos entusiastas que siguen aún seducidos por la moda del *ADR*, se va expandiendo la conciencia de los aspectos dudosos y discutibles de este fenómeno, y de los problemas relevantes que él crea. Naturalmente no es posible dar cuenta aquí de modo concluyente de todo esto, entre otras cosas porque el *ADR* adopta numerosas versiones distintas en los distintos ordenamientos, y muchas son las manifestaciones concretas que la justicia «alternativa» puede tener.

Precisamente ésta es, por otra parte, una primera consideración significativa: el *ADR* no es (y no lo ha sido nunca) un fenómeno unitario y homogéneo sino «en negativo», vale decir en función de ser alternativo respecto del método del proceso judicial. Lo distintivo del proceso no es, sin embargo una única cosa simple: al contrario, se trata de un universo variado y variable, y fuertemente diferenciado, en el cual existen muchas formas de arbitraje (ritual/no ritual; de derecho/de equidad; reglado/*ad hoc*, y así se puede seguir distinguiendo), junto a aún más numerosas formas de conciliación, *mediation*, negociación, técnicas de compromiso, que en cada caso son modeladas según las necesidades. Aún dentro de un ordenamiento en particular se encuentra uno frente a un panorama muy amplio y variado, y en continuo cambio, dado que también el legislador interviene para prever y disciplinar distintas formas de métodos alternativos (en los últimos años, en Italia ha

habido numerosas reformas que han introducido distintas formas de conciliación y se prevén todavía otras). Esto induce sin embargo a una advertencia crítica: si las cosas están así, cualquier juicio global en torno a los «métodos alternativos» resulta ser irremediabilmente vago, y por tanto casi completamente infundado.

Otro orden de consideraciones tiene relación con el hecho de que en varios ordenamientos la experiencia concreta de distintos métodos de *ADR* ha hecho surgir una serie de dificultades y de aspectos negativos. En algún caso, como sucede a menudo con el arbitraje, se trata de métodos muy costosos, que son por tanto accesibles solo para las partes ricas y no para las partes pobres (salvo que éstas sean llevadas a un arbitraje costoso por una contraparte «fuerte» que ha impuesto una cláusula compromisoria). En estos casos, el método alternativo resulta «bueno» sólo si –en el caso concreto– el costo, mucho mayor que el de la justicia ordinaria, es compensado por otras ventajas (como la rapidez de decisión, o la posibilidad para las partes de elegir los árbitros o las reglas de procedimiento), mientras que puede ser «malo» si el mayor costo para las partes no es contrapesado de otro modo. En otros casos se ha hecho notar que el procedimiento alternativo (se trata normalmente de formas de conciliación extrajudicial) es una suerte de *black box* en la que no se sabe qué sucede: no existen reglas de procedimiento, razón por la cual el procedimiento que se sigue es «poco visible» o no es visible en absoluto; la imparcialidad de los sujetos que gestionan estos procedimientos a menudo no está asegurada; las partes pueden no estar en condición de hacer valer adecuadamente sus razones; sus derechos sustantivos pueden no recibir la consideración adecuada; el resultado final puede ser un acuerdo no realmente voluntario sino impuesto por la parte fuerte, etcétera. No por casualidad se ha expandido en la doctrina más prudente una actitud de gran cautela y en algún caso de abierta hostilidad (como en el acreditado ensayo de Owen Fiss que lleva el elocuente título *Against Settlement*) contra los métodos alternativos, o al menos contra una indiscriminada tendencia a ver en ellos la panacea para todos los males de la justicia. Naturalmente estos problemas no surgen en todos los casos ni en todos los ordenamientos, pero el hecho mismo de que se vayan manifestando de modo evidente induce a rechazar el principio de que «*ADR* está bien porque es privado y alternativo».

## VII

Por el contrario, parece evidente que un juicio sobre los métodos alternativos de resolución de las controversias que quiera tener alguna pretensión de validez debe ser formulado caso por caso, y que al mismo tiempo se deben pensar eventuales elecciones de política legislativa orientadas en el sentido de prever el uso de estos métodos y de evitar el recurso al proceso judicial. En realidad, el problema no es realizar vagas elecciones ideológicas entre lo «público» y lo «privado», sino

proveer de instrumentos eficientes de tutela a los sujetos que tengan necesidad de ellos, prefiriendo eventualmente lo «privado» pero sólo sobre la base de valoraciones concretas y realistas sobre la oportunidad de uno u otro método de *ADR*. Es verdad que en algún caso, como ha sucedido por ejemplo en Italia durante los últimos años, es el legislador quien debe intentar inducir (u obligar) a las partes a que se sirvan de algún método alternativo, como la conciliación, en el intento de aligerar la carga de trabajo de los jueces y por tanto de reducir las disfunciones de la justicia pública. Pero ésta es una táctica supletoria, que presupone la incapacidad del legislador para afrontar los verdaderos problemas fundamentales de la justicia civil, y evita elecciones conscientes en favor de uno u otro método para la resolución de las controversias.

Una elección racional presupondría, por otra parte, una valoración específica de las situaciones jurídicas y de los sujetos implicados en una controversia. Así por ejemplo, se puede ser favorable a soluciones por acuerdo cuando se trata de casos de contenido exclusivamente económico, pero no cuando están en juego la libertad o los derechos fundamentales de la persona. Análogamente, el arbitraje puede ser un buen modo para resolver conflictos cuando las partes están en una posición de considerable igualdad (aunque no sean particularmente ricas) o son ambas económicamente fuertes, pero se transforma en una técnica potencialmente peligrosa cuando existe entre las partes una situación de evidente desigualdad y una de ellas es económicamente más débil que la otra. Aún así, será posible utilizar métodos alternativos débilmente estructurados, en los que, por tanto, muchos aspectos dependan de la iniciativa autónoma de las partes, cuando éstas tengan la posibilidad cultural y económica de hacer valer adecuadamente sus intereses, pero serán necesarias normas procedimentales de garantía cuando una parte (o tal vez ambas) no estén en condiciones de gestionar en modo apropiado el procedimiento «alternativo».

Si se supone que el recurso a la justicia «privada» se corresponde con estos requisitos, y en general con las exigencias de tutela efectiva de los derechos de todos los sujetos involucrados, entonces se puede imaginar que los métodos de *ADR* pueden constituir una alternativa válida al recurso a la justicia «pública». Puede también ser verdad, en algún caso, que estos métodos llevan a cabo cierta forma de tutela de intereses que de otro modo permanecerían privados de protección, cuando por diversas razones no encontrasen la vía de la tutela jurisdiccional. Por otra parte, precisamente en la medida en que tales métodos son presentados como alternativas funcionales a la justicia pública, es necesario que ofrezcan –no obstante su peculiaridad y diversidad estructural– un nivel de garantías y un grado de protección de los sujetos involucrados que no sea sustancialmente inferior al que ofrece la justicia ordinaria. Si así no fuera –y a menudo en realidad no es así– nos encontraríamos siempre frente a remedios alternativos que serían utilizados no porque sean verdaderamente preferibles a la tutela jurisdiccional, sino sólo *faut de mieux* o por

necesidad, simplemente porque cualquier forma de solución de las controversias puede parecer una alternativa ventajosa respecto a una falta absoluta de tutela. Sin embargo, en tal situación sería claro que existe siempre una prioridad favorable a la justicia «pública», por lo que la justicia «privada» no sería otra cosa que un sucedáneo de inferior calidad.

Por otra parte, no debe olvidarse un ulterior aspecto del problema, que opera a favor del recurso a la justicia «pública». Ésta, en efecto, desarrolla en general funciones que no pueden ser desarrolladas por la justicia «privada», ni siquiera en el caso de que ésta presentase todos los requisitos para poder ser verdaderamente una alternativa válida al proceso judicial.

Una de estas funciones de la justicia pública consiste en proveer la tutela de los derechos de cada sujeto en su integridad, mientras diversos métodos de *ADR* procuran alguna satisfacción a las partes pero no la tutela completa de sus derechos en sentido acabado. Esto vale para todos esos métodos (a excepción del arbitraje judicial) que tienen por finalidad esencial alcanzar un compromiso entre las partes, con el que ellas se comprometen a poner fin a la controversia. Normalmente, de hecho, el acuerdo se alcanza solo si cada uno de los sujetos en conflicto renuncia al menos a una parte de las propias pretensiones y acepta al menos una parte de las pretensiones del adversario. La lógica del compromiso puede ser vista desde muchos puntos de vista (por ejemplo, evita rupturas graves entre las partes y permite que éstas sigan teniendo relaciones pacíficas cuando sea necesario), pero debe quedar claro que ella implica la renuncia de ambas partes a hacer valer hasta el final sus propios derechos.

Otra consideración de orden general es que los métodos alternativos apuntan exclusivamente a resolver una controversia particular entre partes particulares, y no otra cosa. Esto quiere decir que ellos no participan en la creación o evolución del derecho, ya que no se ubican en el ámbito de la jurisprudencia y normalmente no son conocidos por nadie más que por las partes (de hecho son raros los casos de publicación de decisiones arbitrales, mientras que los resultados de otros métodos ni siquiera se hacen públicos). En consecuencia, se carece tanto de una formulación de criterios de valoración y de decisión, como de la posibilidad de algún tipo de control difuso del funcionamiento de los órganos que gestionan estos métodos. Estos conceden valor absoluto a la decisión *ad hoc*, basada en la situación específica, sin hacer referencia a criterios generales. Una consecuencia de esto es que muchas soluciones de *ADR* son aplicadas según la lógica del «caso por caso», sin que pueda configurarse alguna certeza o al menos alguna previsión sobre el resultado de las controversias, ni alguna uniformidad de criterios para resolverlas. Esto puede ser indiferente a las partes de una controversia en particular, al menos en la medida en que consiguen entre ellas un acuerdo (*bon gré, mal gré*) satisfactorio. Sin embargo, surge un cuadro con una miríada de controversias que de algún modo son resueltas sin que de ellas se deriven orientaciones de ningún tipo más allá de

los casos particulares. Una vez más puede suceder que esto tenga efectos positivos, pero debe quedar claro que estos fenómenos se ubican en una dimensión que tiene poco que ver con el derecho y con su evolución.

## VIII

De las diversas consideraciones que han sido desarrolladas en estas páginas es difícil, si no imposible, sacar conclusiones. Por otra parte, ellas se han dirigido más a poner en evidencia problemas que a proponer soluciones. Sin embargo, algunas observaciones finales pueden ser esbozadas.

Ante todo, se puede decir que es innegable que la crisis de la justicia civil ordinaria está presente en numerosos sistemas, y que se debe a una serie de fenómenos en alguna medida inevitables y probablemente irreversibles. Esta observación vale tanto para la fragmentación que se ha indicado más arriba como para el recurso a los métodos alternativos de solución de las controversias. Por tanto, la crisis de la justicia civil ordinaria es probablemente inevitable en ambas dimensiones.

Sin embargo, esta constatación puede llevar a consecuencias muy diversas según las opciones de fondo (o bien: de la ideología o de la elección de valores) que se efectúen en torno a la justicia y a los instrumentos para administrarla. En otras palabras, no es claro que la crisis sea irreversible, que de algún modo no pueda ser resuelta o atemperada, y que por tanto no se pueda hacer otra cosa que dejar la justicia del Estado en un proceso de progresivo decaimiento y creciente marginalidad. Este modo de pensar puede tal vez ser bien visto por algún «integrista de lo privado» pero no parece que pueda compartirse.

Por el contrario, de la constatación de la crisis de la justicia ordinaria y del análisis detallado de sus causas en los distintos sistemas se puede avanzar en el sentido de invertir o modificar la tendencia, abandonando la perspectiva del *laissez faire, laissez aller* en nombre de alguna *invisible hand* que guiaría los conflictos judiciales, económicos y sociales hacia su solución ideal. En suma, es lícito pensar que la mayor parte de los problemas que han determinado y determinan la crisis de la justicia civil ordinaria pueden ser adecuadamente afrontados en el contexto de la administración «pública» de la justicia. Naturalmente, como ya se ha señalado más arriba, esto significa que no basta con intentar volver a dar vida a modelos procesales superados por la historia y por la experiencia, sino que es necesario imaginar un nuevo modelo de justicia civil. En suma, es mucho lo que debe cambiar para que la justicia civil pueda desarrollar adecuadamente su función.

Si acaso esto ocurriese, y fuera posible construir procesos civiles racionalmente organizados, accesibles a todos, rápidos y poco costosos, efectivos y funcionales en la tutela de los derechos, y además se dispusiera de jueces capaces y preparados, no solo sería superado en gran medida el fenómeno de la fragmenta-

ción sino que se podría volver a diseñar de modo apropiado la correcta línea de demarcación entre justicia «pública» y justicia «privada». Esto es, se podría comprender que no haya espacio para la justicia privada toda vez que esté en juego la garantía de los derechos de alguien y este alguien tenga necesidad de una tutela plena y completa, no de un sucedáneo consistente en atribuirle sólo una parte de aquello a lo que tiene derecho. Se podría comprender además que existe un amplio espacio para el empleo de métodos alternativos de solución de las controversias, siempre que la naturaleza de las partes y de las situaciones jurídicas en cuestión haga posible acuerdos y compromisos, o permita delegar la decisión a jueces privados escogidos por las partes. Se podría comprender, en fin, que las alternativas a la justicia ordinaria son particularmente valiosas no cuando se trata de aceptar por la fuerza algo antes que nada, sino cuando están verdaderamente bien reguladas de modo que ofrezcan resultados ventajosos. En realidad, el modo correcto de entender la relación entre la justicia ordinaria y los modos alternativos de resolución de controversias no pasa por diversificar y distinguir *a priori* los respectivos campos de aplicación. Tampoco es correcto pensar en reducir el ámbito de la justicia pública (aunque sólo sea implícita o subrepticamente, esto es dejándola que decaiga) con el fin más o menos abiertamente declarado de extender el ámbito de la justicia privada. Por el contrario, la situación ideal es aquella en la cual las dos formas de solución de los conflictos estén en correcta competencia entre ellas, estando munidas de adecuadas garantías y siendo ambas eficientes y capaces de producir resultados útiles. En una situación de este tipo se podría dejar a la libre elección de las partes (de ambas partes) la determinación del instrumento del que prefieran servirse. Se podría así pensar en una especie de *multi-door court* a la que las partes recurrieran pudiendo escoger, incluso por indicación del juez, cuál es el procedimiento que mejor se adapta a la naturaleza específica de su controversia, incluyendo también entre las posibilidades los métodos de *ADR* que sean oportunos.

Todo esto implica, sin embargo, la presencia de un legislador capaz de dedicar estudio, energía y elecciones estratégicas a la reforma de la justicia civil ordinaria, de modo de hacerla capaz de desarrollar las funciones que le son propias, y no de un legislador dedicado a la discutible virtud de la resignación y proclive a mandar hacia «otra parte» a los sujetos que necesitan tutelar sus propios derechos.

Traducción de Silvina Álvarez