

Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias¹

Elisabetta SILVESTRI

1. En la lista de los muchos productos que Italia importa de los Estados Unidos se registra desde hace algún tiempo una *new entry*, que parece destinada a alcanzar muy pronto el vértice del conocido como *top ten*, poniendo en riesgo la primacía gloriosamente ostentada desde hace muchos años por la Coca Cola y los *jeans Levi's*. La *new entry* en cuestión está representada por los métodos de resolución de las controversias alternativos al proceso, que están afianzándose en el "mercado" italiano gracias a una capilar campaña de *advertising*, con la que son publicitados como la solución óptima a muchos de los problemas que atormentan a la justicia civil. Los métodos alternativos han alcanzado un éxito casi sin precedentes: autorizados exponentes de la doctrina, miembros destacados de los medios forenses y de la magistratura parecen haber sido conquistados por la moda de las *ADR*, manera familiar de aludir también entre nosotros a las alternativas al proceso, a menudo italianizando la pronunciación de este acrónimo, que se refiere a las *Alternative Dispute Resolution*, como cabe esperar les conste al menos a quienes se sirven de él. En honor a la verdad, hay que señalar que esta moda tiene seguidores asimismo en otros países europeos, aunque debe subrayarse, sin embargo, que en otras partes la aceptación del modelo americano es menos entusiasta y resulta filtrada por la conciencia de que lo *specificum* del ordenamiento de proveniencia hace inoportuno, sino imposible, el "trasplante" de algunos instrumentos alternativos. A un nivel muy inferior respecto al de las hipótesis de "ingeniería institucional", la actitud de los itálicos *supporters* de las alternativas está eficazmente demostrada por el uso mimético de una sigla (precisamente *ADR*) que en italiano carece de todo significado: desde este punto de vista no puede dejar de subrayarse que los franceses, por ejemplo, han realizado al menos el esfuerzo de apoyarse en una traducción razonada de la sigla, acuñando la expresión *MARC*, que corresponde a *Modes Alternatifs de Règlement des Conflicts*². Cabría objetar que éste es un detalle sin importancia, por sí mismo indicativo

tan sólo de la bien conocida resistencia de los franceses a aceptar el hecho de que es el inglés el lenguaje ciertamente universal de la "aldea global" contemporánea. Pero, en realidad, y si de detalles se trata, el objeto de consideración es un elemento que, por más que no merezca ser sobrevalorado, constituye en todo caso el apunte de un intento de hacer frente al problema de las alternativas al proceso sin casarse acríticamente con el modelo americano, aunque sólo sea en el plano lingüístico.

Si se pasa de las etiquetas a los contenidos, resulta patente que muchas de las contribuciones doctrinales dedicadas al tema de los métodos alternativos se limitan a referir una serie de lugares comunes sobre el asunto. La explosión de la litigiosidad, la consiguiente crisis del aparato jurisdiccional y las dificultades de los ciudadanos para obtener el reconocimiento judicial de los propios derechos, la emergencia casi espontánea de procedimientos "informales" de resolución de las controversias constituyen pasajes obligatorios en la narración de la saga americana de las alternativas al proceso. La *happy ending* no puede faltar: los instrumentos alternativos triunfan sobre la justicia ordinaria y, en una sociedad purificada de la arcaica ideología del proceso como duelo entre enemigos irreductibles, se afirman como expresión de una armoniosa y obviamente más evolucionada "justicia coexistencial"³. La lección que debe extraerse del relato de vicisitudes tan edificantes es elemental: las alternativas al proceso permitirán también a la sociedad italiana salir del túnel de la crisis de la justicia ordinaria. No es claro de qué forma debería verificarse en concreto esta suerte de catarsis, es decir cuánto es lo que puede o debe ser imitado del modelo estadounidense; quizá bastará con un proceso de "autodeterminación de las reformas"⁴ promovido por los propios ciudadanos interesados en la creación del instrumento alternativo más adecuado para la solución de la controversia específica en que se vean implicados, o quizá sea el legislador quien haya de

¹ Publicado en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1/1999.

² Cfr al respecto Jarrosson, "Les modes alternatifs de règlement des conflicts: presentation générale", en *Rev. int. dr. comp.*, 1997, pág. 325 ss., en especial pág. 328 nota 7, donde se discute con profundidad sobre la corrección o incorrección del uso del adjetivo *alternatif* en un contexto en el que resulta explicitado el termino confrontación con respecto al cual el objeto considerado (en este supuesto, los métodos de resolución de las controversias) se plantea como alternativa.

³ La expresión se debe a Mauro Cappelletti, uno de los más convencidos partidarios de las alternativas al proceso, consideradas como uno de los puntos de apoyo del movimiento por el acceso a la justicia, con el que él está comprometido desde hace mucho tiempo. Uno de los más recientes replanteamientos de las teorías tan caras a este autor, puede verse en Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", en *Mod. L. Rev.*, 1993, pág. 282 ss.

⁴ Cfr. Capponi, "L'accesso alla giustizia dei consumatori. Le azioni a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori tra diritto comunitario e diritto interno", en Capponi-Gasparinetti-Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*. Napoli, 1995, pág. 159.

hacerse cargo de la exigencia de seleccionar por grandes categorías las controversias con la mira en una "reconstrucción antitética pero integrada [...] de los diversos instrumentos de solución de conflictos"⁵ En todo caso, el luminoso ejemplo americano indica que el camino de los métodos alternativos debe ser recorrido sin titubeos, con la serena conciencia de que es "ya inaplazable la búsqueda de respuestas adecuadas a la vehemente demanda de justicia, en un tiempo breve y con modalidades satisfactorias"⁶

Muchos parecen ignorar que, precisamente, en los Estados Unidos las alternativas al proceso son un fenómeno ya viejo, tanto por la fecha de nacimiento, como porque, con razón o sin ella, se considera que la fase de máxima expansión de las alternativas ha concluido y que es ya tiempo de evaluar, casi con perspectiva histórica, los efectos producidos por su difusión. Quizá sería exagerado hablar de replanteamiento crítico del fenómeno, pero es cierto que la parábola ascendente de las alternativas parece haber acabado. Con esto no se quiere afirmar que existan signos inequívocos de un "retorno a lo antiguo" en el inmediato futuro: al contrario, todo permite prever que, en los próximos años, la multimillonaria industria de los métodos alternativos continuará ampliándose, al menos hasta que los consumidores se den cuenta de que el producto ofrecido a un precio de *hard discount* no es necesariamente lo mejor que puede encontrarse en el mercado. Lo que se quiere subrayar es que, mientras entre nosotros el tema de las alternativas al proceso está afrontándose con el entusiasmo típico del neófito, en el ordenamiento en el que vieron la luz las alternativas y en el que han sido puestas a prueba durante más de veinte años de experimentación la actitud es más de crítica que de elogio.

Este trabajo se propone recorrer sintéticamente la historia de las alternativas al proceso, desde sus comienzos hasta el momento actual. Con el propósito de contribuir a un mejor conocimiento del fenómeno, que permita evitar el error de atribuir a los instrumentos alternativos esas virtudes taumaturgicas de que un importante sector de opinión les considera dotados.

2. Convencionalmente, el nacimiento del movimiento a favor de la difusión de los métodos alternativos suele hacerse coincidir con un acontecimiento cultural considerado como un punto de inflexión fundamental en el análisis de los problemas relativos a la justicia civil estadounidense. Este acontecimiento es una conferencia que tuvo lugar en 1976 para celebrar el septuagésimo aniversario del discurso pronunciado por Roscoe Pound, uno de los "padres fundadores" del derecho americano⁷,

⁵ Así Massa, "ADR: dentro o fuori dal processo", en *Questione giustizia*, 1994, pág. 509.

⁶ Cfr. Avolio, "L'accesso alla giustizia: quali tendenze di riforma per affrontare la crisi. La posizione della Comunità europea", en *Contratto e impresa/Europa*, 1997, pág. 744.

⁷ Sobre el pensamiento de Roscoe Pound, sustentador de la teoría según la cual los jueces deberían decidir las controversias teniendo en cuenta las posibles consecuencias sociales y económicas de sus decisiones, en la amplia doctrina norteamericana sobre la materia, cfr. por todos Hall *The Magic Mirror. Law in American History*, New York-Oxford, 1989, págs. 223 ss y

ante la *American Bar Association*, sobre el tema "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice"⁸.

Al constatar que más de medio siglo de reformas producidas tanto en la estructura del ordenamiento judicial como en la disciplina del proceso no había influido mínimamente en el bajísimo índice de satisfacción manifestado por los ciudadanos en relación con la administración de justicia, las diversas ponencias presentadas en la conferencia⁹ formulaban una serie de propuestas orientadas a sustraer a los Tribunales algunas categorías de controversias para remitirlas a órganos de decisión extraños al aparato jurisdiccional, de naturaleza privada y que se ajustasen en su modo de operar a las reglas de un procedimiento flexible e informal. En pocas palabras, el *leitmotiv* de la conferencia era la exigencia de diversificar los procedimientos en función de la materia de la contienda, con objeto de reducir la sobrecarga de los Tribunales y de permitir que sus escasos recursos pudieran ser destinados a la resolución de pocos casos, para los que el proceso no constituyera la solución más antieconómica entre las abstractamente previsibles.

Oficialmente, la propuesta de crear una alternativa al proceso tenía su origen en el noble intento de asegurar a estratos cada vez más amplios de población formas adecuadas de tutela, una tutela que la llamada justicia formal, con sus retrasos, los elevados costes y el acentuado tecnicismo, no podía garantizar más que a una *élite* de sujetos. En realidad, con esta instancia democrática convivían otras dos inconfesadas inspiraciones de signo radicalmente opuesto¹⁰. En efecto, de un lado se proponía el intento de liberar a los Tribunales del fastidio producido por el incesante aumento de las causas de modesto valor económico, a menudo repetitivas y por eso consideradas tan poco útiles para favorecer el progreso de la ciencia jurídica como para merecer el epíteto de *gargabe cases*. Del otro, se perseguía el objetivo de frenar el activismo de los jueces sustrayendo a su intervención, a menudo considerada demasiado progresista y desestabilizadora, cuestiones de gran resonancia social y política, como las relativas a los derechos civiles, la tutela del consumidor, la protección del ambiente.

Eran aspiraciones no confesadas de las que (obviamente) no se encuentra rastro en las numerosas contribuciones doctrinales que acogieron con favor las propuestas surgidas de la conferencia¹¹ y las

passim; Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, CT-London, 1977, págs. 68 y ss.

⁸ Los pasajes más significativos del discurso de Pound pueden leerse en 57 *A.B.J.*, 1971, pág. 348 ss.

⁹ Las actas de la conferencia se encuentran reproducidas en 70 *F.R.D.*, 1976, págs. 79 ss y en Levin-Wheller (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St. Paul, MN, 1979.

¹⁰ Para algunas indicaciones en sentido análogo a la reconstrucción que sigue en el texto, cfr. Stempel, "Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Felt Accompli, Failed Ouverture, or Fledgling Adulthood?", en 11 *Ohio St. J. Disp. Res.*, 1996, pág. 297 ss.

¹¹ No cabe concentrar en una nota una bibliografía tan amplia. Por eso, me limitaré a señalar sólo algún escrito de particular interés, advirtiendo al lector que la importancia adquirida por las alternativas al proceso en los años ochenta hace sumamente fácil documentarse sobre la materia. En efecto, basta hojear alguna revista jurídica estadounidense publicada en aque-

recomendaciones formuladas en una "task-force" *ad hoc*¹², que sugería una amplia experimentación de las alternativas al proceso. Efectivamente, desde el principio se manifestó la tendencia a divulgar una imagen iconográfica bien precisa de los métodos alternativos, presentados en el heroico papel del Príncipe Azul de turno, empeñado en salvar el sistema judicial de la inminente catástrofe¹³. En realidad, la otra cara del movimiento en favor de la difusión de las alternativas emerge precisamente de una lectura "entre líneas" de algunos de los escritos que más celebraban las ventajas que se esperaba obtener con la creación de una pluralidad de órganos no jurisdiccionales de decisión. Así, por ejemplo, se descubre que uno de los más convencidos partidarios de los métodos alternativos resultaba ser Warren Burger, en aquel momento *Chief Justice* del Tribunal Supremo, conocido por su actitud conservadora y por su hostilidad hacia el *judicial activism*, en particular cuando éste se aplicaba a la tutela de los conocidos como nuevos derechos¹⁴. Y es advertible que el primer puesto entre los objetivos a realizar lo ocupaba la eficiencia del sistema, que se creía alcanzable aplicando una lógica elemental: a más fueros alternativos, más causas resueltas. La exigencia de encontrar a toda costa un medio cualquiera para reducir la carga de trabajo de los Tribunales hacía perder de vista otros problemas, como —sobre todo— los relativos a las garantías ofrecidas a los posibles beneficiarios de los instrumentos alternativos en materia de competencia, independencia e imparcialidad de quienes tendrían que resolver las controversias que se estimaba no merecedoras de la decisión de un Tribunal.

Las consideraciones que preceden constituyen, naturalmente, sólo una entre las posibles interpretaciones de los primeros pasos de la puesta en escena de los métodos alternativos. Podría objetarse que se trata de una interpretación demasiado crítica, no menos discutible que la exactamente contraria, que considera el nacimiento del movimiento para la difusión de las alternativas al proceso como un fenómeno de valencia solamente positiva. Sin embargo, parece que sobre el tema de las alternativas no existe una vía intermedia entre las dos tesis extremas. En efecto, desde el primer momento, en cada uno de los lados de la barricada se alinearon

autorizados juristas, inmediatamente seguidos por expertos en las ciencias más diversas, exponentes del mundo político e incluso por *opinion makers* de la prensa y de la televisión. No es posible dar cuenta de todo lo escrito en los años siguientes a la *Pound Conference*, es decir, en el periodo en que tuvo lugar la actuación inicial de las propuestas formuladas en aquella sede y, luego, en progresión creciente, la puesta en práctica de nuevos y diversos procedimientos alternativos al jurisdiccional. Cualquier intento de presentar de forma concisa pero fiel el universo de las alternativas está destinado al fracaso, de tantas como son las formas adoptadas y sus posibles variantes¹⁵. Baste pensar que, según una revelación reciente, son más de mil los *ADR brokers* que compiten en la oferta de un "producto" diferenciado según el tipo de controversia que las partes quieran resolver¹⁶. Además de los procedimientos de arbitraje, conciliación y mediación ofrecidos por la *American Arbitration Association* (la más antigua y potente de las asociaciones que operan en el sector de los métodos alternativos) y por el más agresivo de sus competidores, el *JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services)*, una sociedad de capital privado que tiene el monopolio de las alternativas en algunos de los Estados con la más alta tasa de litigiosidad, como California, existe una miríada de asociaciones, entes, oficinas y despachos operando en la "industria" de los métodos alternativos. Es obvio que no todos los *ADR providers* pueden jactarse de la tradición y las referencias del *American Arbitration Association*, pero esto no parece preocupar a sus potenciales clientes, atraídos por el espejismo de una justicia simple y rápida, obtenida a través de un procedimiento fuertemente "personalizado", es decir, creado a medida de las controversias a resolver. Es la apoteosis de la que, utilizando una expresión acuñada con otros fines por un procesalista italiano, podría definirse como tutela civil diferenciada¹⁷; el objetivo a que se apunta parece ser la creación de tantos métodos alternativos cuantos sean los tipos de causa que la irrefrenable litigiosidad de la sociedad contemporánea resulte capaz de generar.

La fase de crecimiento de las alternativas al proceso se ha extendido a lo largo de los años ochenta y los primeros noventa. Las razones de tal éxito son todavía en parte desconocidas: probablemente, ha dado en el clavo quien ha afirmado que los métodos alternativos carecen de un sustrato teórico o científico bien preciso, pero se han desarrollado y consolidado como la reacción puramente pragmática a problemas específicos del sistema estadounidense, problemas que son reconocibles sólo "desde dentro" y que escapan a la comprensión del observador formado en un ambiente jurídico diverso¹⁸.

los años para encontrar una cantidad incluso excesiva de contribuciones doctrinales, comentarios y datos estadísticos relativos a los instrumentos alternativos. Cfr. en cualquier caso Leeson-Johnston, *Ending It: Dispute Resolution in America Descriptions, Examples, Cases and Questions*, Cincinnati, 1988, *passim*; McEwen, *Differing Visions of Alternative Dispute Resolution and Formal Law*, en *12 Just. Sys. J.*, 1987, págs. 247 ss.; Perrat, jr., "And the Whole Earth Was of One Language": A Broad View of Dispute Resolution", en *29 Vill. L. Rev.*, 1983-84, págs. 1222 ss.

¹² Para estas recomendaciones, cfr. American Bar Association, "Report of Pound Conference Follow-Up Task Force", en Levin-Wheeler, *The Pound Conference*, cit. págs. 299 ss.

¹³ De Príncipe Azul habla, con un acento muy crítico hacia la retórica de las alternativas al proceso, Wald, "ADR and the Courts: An Update", en *46 Duke L.J.*, 1997, págs. 1445 ss.

¹⁴ Cfr. Burger, "Agenda for 2000 A.D.—A Need for Systematic Anticipation", en Levin-Wheeler, *The Pound Conference*, cit. págs. 25 ss., así como Burger, "Isn't There a Better Way?", en *68 A.B.A.J.*, 1982, págs. 274. Sobre la "carrera" de Burger como *Chief Justice* del Tribunal Supremo, por todos, cfr. la ficha biográfica escrita por J. B. Morris, en Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court*, New-York-Oxford, 1992, págs. 104 ss.

¹⁵ Para un cuadro sintético de los modelos-base, cfr. Green, "A Comprehensive Approach to the Theory and Practice of Dispute Resolution", en *34 J. Legal Educ.*, 1984, págs. 245 ss.

¹⁶ Sobre este aspecto, cfr. Reuben, "Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution", en *85 Cal L. Rev.*, 1997, págs. 577 ss, especialmente nota 9, pag. 583.

¹⁷ Cfr. Proto Pisani, "Sulla tutela giurisdizionale differenziata", en *Riv. dir. proc.*, 1979, págs. 536 ss.

¹⁸ Esta es la teoría de Twining, "Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-

En todo caso, actualmente, en los Estados Unidos la resolución de las controversias civiles está encomendada a dos sistemas absolutamente paralelos y en relación de fuerte concurrencia: el tradicional público constituido por los Tribunales y el privado de las alternativas al proceso¹⁹. A la descripción de algunas de las principales características de este segundo sistema está dedicado el apartado siguiente.

3. Los métodos alternativos, aun en su heterogeneidad, pueden ser reconducidos a dos modelos fundamentales, según se encuentren orientados a decidir la controversia mediante un acuerdo entre las partes o bien mediante una decisión verdadera y propia, pronunciada por un sujeto imparcial que, como regla, no es un juez en sentido propio. Para simplificar la exposición, parece útil definir los modelos a que acaba de hacerse mención como modelo de conciliación, el primero, y modelo valorativo, el segundo²⁰. La distinción puede entenderse mejor si se tiene en cuenta que mediación y arbitraje constituyen el arquetipo de las alternativas pertenecientes a uno y otro modelo, respectivamente.

Las "nuevas" alternativas al proceso, entendiéndose por tales las que consiguieron afianzarse entre el final de los años setenta y los años ochenta como expresión de la creatividad de quien defendía la "fuga de la jurisdicción" como terapia sugerida a los particulares para sustraer al ojo indiscreto del Gran Hermano sus relaciones interpersonales, y para "reapropiarse" de las controversias originadas por tales relaciones²¹, se han desarrollado dentro de ambos modelos. Entre tanto, con el impulso de las críticas dirigidas a las estructuras de la justicia formal, también las "viejas" alternativas al proceso volvieron a adquirir auge. Es típico el caso del arbitraje, durante una época aceptado con recelos como una suerte de justicia corporativa reservada al estrecho círculo de los *merchants*, y después, progresivamente, extendido también a materias que tradicionalmente se consideraban sustraídas a la disponibilidad de las partes²².

Ya sean viejas o nuevas, en todo caso, las alternativas reconducibles al modelo de conciliación son

sin duda las que han tenido mayor éxito, tanto de público como (por así decirlo) de crítica. Este éxito tiene su causa en la convicción de que cualquier controversia es susceptible de una solución concordada entre las partes. El acuerdo transaccional es por definición considerado preferible a una decisión impuesta "desde arriba", y esto también cuando el diverso poder contractual de los contendientes hace sospechoso el acuerdo que ellos mismos puedan alcanzar privadamente, sin la intervención de un tercero garante institucional de la legalidad y de la corrección, tanto del procedimiento seguido como de su resultado. Ignorando los problemas relativos a la libertad del consenso prestado por la parte débil de la relación a la decisión extrajudicial y "alternativa" de la controversia²³, se afirma que la conciliación tiene como *atout* ventajosa la capacidad de asegurar que entre las partes queda abierto un canal de comunicación, elemento indispensable para que pueda perdurar su relación y para el voluntario respeto del acuerdo alcanzado. Lo que la gente desea, se dice, es la "pacificación" de los conflictos y no que éstos sean resueltos autoritativamente por un juez que, por fuerza, establecerá quien gana y quien pierde, aplicando la conocida regla conforme a la cual "the winner takes it all".

Es fácil intuir que la difusión de los métodos alternativos de tipo conciliatorio evidencia un claro rechazo de la "cultura de la decisión" en beneficio de la que podría definirse como "cultura del compromiso". El impulso hacia la *deregulation* alcanza también a la administración de justicia: se prefiere una "gestión privada" de la solución de las controversias antes que el proceso entendido como instrumento a través del cual se actúan los valores incorporados a las normas del ordenamiento. Esto significa que se reconoce a las partes una libertad absoluta para determinar tanto el procedimiento que se considera más adecuado, en el caso concreto, para conseguir un acuerdo, como —sobre todo— el contenido del acuerdo mismo. En este contexto, la autonomía privada puede permitir a las partes decidir las controversias conforme a criterios de su gusto, pero no susceptibles de ser adoptados por un juez, vinculado al principio de legalidad y al contenido de las normas legales. Este aspecto del *settlement* resulta en general desatendido por quien exalta la solución de las controversias por vía de conciliación o transaccional como forma altamente "civilizada" de resolución de los conflictos entre particulares. Por el contrario, se trata de un aspecto de fundamental importancia en cualquier análisis que se proponga establecer si la decisión judicial, de un lado, y el *settlement* (o en todo caso el resultado de procedimientos alternativos de tipo conciliatorio), del otro, se encuentran cualitativamente en un plano de igualdad, al punto de que pueda considerarse el *settlement* como un equivalente funcional de la de-

American Jurisprudence: Some Neglected Classics", en 56 *Mod. L. Rev.*, 1993, págs. 380 ss.

¹⁹ Hay que hacer la precisión de que esta contraposición resulta mitigada, al menos en parte, por la existencia de instrumentos alternativos adoptados por los Tribunales y estructurados, por consiguiente, como una fase (obligatoria o facultativa) del procedimiento jurisdiccional. Sobre el tema cfr. *infra*, n.º 4.

²⁰ La clasificación sugerida en el texto es una libre reelaboración del resultado de intentos análogos de poner algún orden en el *puzzle* de las alternativas. En particular, se ha tenido en cuenta la distinción entre *facilitative ADR*, elaborada por Stong, *Nuts and Bolts of ADR for Business Disputes*, <<http://www.ljx.com/practice/arbitration/0306admut.html>>.

²¹ La capacidad de asegurar a las partes un control directo sobre el desarrollo de la controversia, excluyendo la "intermediación" de los abogados, constituye un aspecto de los métodos alternativos particularmente apreciado por quien los juzga como un fenómeno totalmente positivo. Cfr. Hensler, "A Glass Half Full, a Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation", en 73 *Texas L. Rev.*, 1995, págs. 1587 ss.; Menkel-Meadow, "Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A Tale of Innovation or 'The Law of ADR'", en 19, *Fla. St. L. Rev.*, 1991, págs. 1 ss.

²² Cfr. al respecto, por todos, Carrington-Haagen, "Contract and Jurisdiction", en 1996 *Sup. Ct. Rev.*, págs. 331 ss.

²³ Piénsese, por ejemplo, en lo poco "voluntarios" que son los métodos alternativos impuestos de hecho a los contribuyentes por el *Internal Revenue Service* para la resolución de controversias en materia fiscal y tributaria. Sobre el particular, por todos, cfr. Comment, "Alternative Dispute Resolution in the Federal Tax Arena: The Internal Revenue Service Opens Its Doors to Mediation", en 1977, *J. Disp. Resol.*, págs. 215 ss.

cisión judicial. Es intuitivo que entre los defensores de los métodos alternativos se halla muy difundida la convicción de que las cosas están exactamente así y que, más aún, la resolución convencional de la controversia representa para las partes "la solución" por excelencia, en cualquier caso preferible a la de tipo jurisdiccional. En la base de tal convicción está la idea de que el *settlement* alcanzado privadamente por las partes anticipa en todo caso el resultado que, con derroche de tiempo y dinero, se obtendría a través del proceso. A su vez, esta idea guarda relación con la tesis, muy cara a los "cruzados" de los métodos alternativos, que atribuye al proceso una única función, la misma que se reconoce a un acuerdo transaccional, o sea, poner fin a una controversia. Es evidente que aquí no hay espacio para discursos de cierto grado de sofisticación sobre las diversas funciones del proceso y, en particular, sobre su función social; sin embargo, no puede dejar de señalarse que no hace falta remontarse a la teoría general del proceso para comprender que eliminar el conflicto entre las partes y, de este modo, restablecer la armonía original no constituye el objetivo primario (y de este modo tampoco el único objetivo) a cuya obtención está preordenado el ejercicio de la función jurisdiccional²⁴.

Son muchos los equívocos en los que incurre la tesis que atribuye al *settlement* el valor de una conveniente (para las partes y también para el sistema) anticipación de la decisión que pronunciaría un juez, si fuese el encargado de decidir la controversia. El más evidente es el que consiste en olvidar que también en un proceso casi enteramente confiado a la iniciativa de las partes, como es el caso del estadounidense, el juez desempeña siempre una función reequilibradora y de garantía de la *fairness* del procedimiento, que está ausente de los tratos realizados directamente por las partes para preparar un *settlement*. Sin embargo, el equívoco más banal es el que se cifra en considerar que la decisión judicial pone fin, *tout court*, a la controversia entre las partes y las vincula, de forma no diversa del acuerdo transaccional, a las condiciones estipuladas, sin concederles ninguna posibilidad de reconsideración. Hay que preguntarse, en efecto, para qué sirven las impugnaciones admitidas contra la decisión judicial, si no para tratar de obtener una nueva reglamentación de la relación mediante una revisión y la eventual anulación del arreglo alcanzado con la primera decisión. Además, otra prueba del hecho de que el contraste entre las partes puede perdurar no obstante la formal conclusión del proceso se encuentra en un fenómeno que ha ido afianzándose en la práctica de los Tribunales estadounidenses, precisamente como consecuencia de la proclamada y objetiva imposibilidad de entender que la decisión judicial agote el conflicto, y represente el *turning point* a partir del cual la relación

entre las partes se organizará según un mutuamente aceptable y nuevo equilibrio. El fenómeno al que se alude es la directa implicación del Tribunal en la ejecución de la decisión pronunciada, implicación que se manifiesta en un control de oficio, constante y capilar, sobre la efectiva adecuación de la relación controvertida al dictado de la decisión²⁵. Es claro que si de verdad bastase la decisión para hacer cesar la hostilidad entre las partes, los jueces podrían con toda tranquilidad desentenderse de la ejecución, confiados en que nadie osaría quebrantar una paz alcanzada con tanto esfuerzo.

4. Como ya se ha hecho notar en lo que antecede, la difusión de los instrumentos alternativos se debe casi exclusivamente a la iniciativa privada. Sin embargo, sería una simplificación interpretar el fenómeno como una elemental y fisiológica reacción a la ineficacia de la justicia formal. Si así fuera, lo inmediato sería preguntarse cómo es posible que nadie hubiera pensado que la manera más simple de disuadir a los ciudadanos de aventurarse en experimentos de "justicia: hazlo tú mismo", habría sido eliminar las disfunciones del proceso, mejorando la imagen de los Tribunales como *public facilities* a disposición de cualquiera que se considere lesionado en sus derechos. Como es obvio, una solución tan intuitiva tendría que haber sido experimentada, aun sin la conciencia de estar realizando una acción dictada por el propósito específico de deslegitimar el recurso a las alternativas al proceso. En efecto, precisamente durante los años en que tuvo lugar la mayor expansión de los instrumentos alternativos, los intentos de reforma de la *adjudication* fueron numerosos y supusieron intervenciones de amplio alcance sobre el proceso federal, todas dirigidas a restituir funcionalidad a la disciplina del proceso, como forma de asegurar que su desarrollo mantenga la promesa de una resolución justa, rápida y poco costosa de todas las controversias²⁶. En cualquier caso, las reformas en cuestión²⁷ no parecen haber tenido el efecto de hacer crecer el *appeal* del proceso a los ojos de la colectividad, determinando un "retorno" a la justicia formal y, conse-

²⁵ Sobre esta cuestión, cfr. Silvestri, "Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare", en *Riv. dir. proc.*, 1981, págs. 41 ss, especialmente, págs. 49 ss.

²⁶ Tal es la finalidad que la *Rule 1* de las *Federal Rules of Civil Procedure* atribuye expresamente a la aplicación y a la interpretación de las propias *Rules*.

²⁷ Se hace referencia a las enmiendas aportadas a las *Federal Rules* entre 1983 y 1993. No resulta posible aquí describir con detalle el contenido de las reformas relativas, sobre todo, a la disciplina de la fase preparatoria del procedimiento y, en particular, a los aspectos más problemáticos y controvertidos de la *discovery* de las pruebas. A los fines de este trabajo, en todo caso, tienen interés las disposiciones que atribuyen al juez una función "managerial", en relación con las modalidades de desarrollo de la fase de *pretrial*, permitiéndole, entre otras cosas, inducir a las partes a explorar la posibilidad de un acuerdo conciliatorio o de recurrir a otros "procedimientos especiales" que permitan una solución anticipada de la controversia, cfr. al respecto la *Rule 16(c)(9)*. A simple título orientativo en una materia que ha sido objeto de una bibliografía sobreabundante, cfr. Fleming, jr.-Hazard, jr.-Leubsdorf, *Civil Procedure*, 4^a ed., Boston-Toronto-London, 1992, págs. 231 ss.; Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I, il modello statunitense*, Padova, 1991, págs. 124 ss.; Taruffo, voz "Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni", en *Dig. disc. priv.*, sec. civ., VI, Torino, 1990, págs. 348 ss, 355 ss.

²⁴ Contra las teorías que atribuyen al proceso la función exclusiva de restablecer la paz entre los contendientes, en el cuadro de una concepción de la justicia que, aplicando los cánones de una "filosofía" actualmente de moda, podría definirse vagamente *new age*, siguen siendo fundamentales las páginas de Fiss, "Against Settlement", en 93 *Yale L.J.*, 1983, págs. 1073 ss.; Id. "Out of Eden", en 91 *Yale L.J.*, 1985, págs. 1669 ss.

cuentemente, una pérdida de interés por los instrumentos alternativos. Estos últimos han continuado su ascenso sin alterarse, sin resentirse de manera relevante ni siquiera del hecho de que, entre tantas reformas producidas, estuviera también una serie de disposiciones tendentes a desplazar al interior del proceso judicial institutos característicos de la *informal justice*²⁸.

Así pues, puede afirmarse que el intento de frenar la difusión de los instrumentos alternativos mediante intervenciones correctoras sobre la disciplina del proceso se ha revelado infructuoso. Quien ha indagado sobre las posibles causas de ese fracaso ha sostenido la tesis de que el "anti-regulatory mood" difundido en la sociedad contemporánea²⁹ implicaría un rechazo *a priori* del proceso y de su potencial regulador, en el cuadro de una reacción más general de rechazo de la actitud "intrusiva" del Estado y de su tendencia a extender el propio control sobre la actividad de los particulares. Si fuera correcta esta tesis, habría que concluir que ninguna reforma del procedimiento judicial, por definición, estaría en condiciones de elevar la cotización de la justicia pública, desde el momento en que la búsqueda de instrumentos alternativos a la *adjudication* respondería a exigencias para la satisfacción de las cuales la mayor o menor eficiencia del proceso resulta del todo irrelevante. Por desgracia, la experiencia estadounidense de las reformas que han afectado al proceso federal entre los años 80 y los primeros 90 no proporciona ningún elemento ni a favor ni en contra del fundamento de la tesis en cuestión. En efecto, no se puede decir que el ímpetu innovador que animaba a los promotores de las reformas³⁰ haya producido resultados innovadores. Las novedades introducidas, aun siendo numerosas, tienen que ver casi exclusivamente con la

atribución al juez de mayores poderes de dirección formal del procedimiento, pero no han modificado la estructura de éste, que sigue esencialmente informado por el principio acusatorio y por tanto asigna al órgano del enjuiciamiento un papel marginal, haciendo de él un observador pasivo y distante de la actividad de las partes. Esto no significa que las reformas no sean importantes por sí mismas y no hayan tratado de reducir las disfunciones causadas por aquellos excesos de *adversariness* del procedimiento señalados por muchos como la causa principal de la lentitud de la justicia ordinaria y de sus elevados costes. Lo que se quiere poner de relieve, en cambio, es que se ha tratado de "half-baked reforms"³¹, es decir, de reformas incompletas, que se han detenido al manifestarse la exigencia de decidir si dar o no aquel "salto de cualidad" que habría llevado a tener que reconocer al juez poderes inquisitivos más amplios de los que los fieles partidarios de un proceso acusatorio "de manual" habrían estado dispuestos a aceptar. Por tanto, se ha tratado de reformas que se han revelado incapaces de llevar la *adjudication* a niveles de eficiencia aptos para hacerla competitiva frente a los instrumentos alternativos más acreditados. En suma, incluso prescindiendo de sofisticados análisis político-sociológicos dirigidos a indagar sobre sí y en qué medida la conocida "receta" *liberal* del "más privado, menos Estado" pueda resultar aplicable a la administración de justicia, el proceso continúa sin soportar la competencia de los métodos alternativos y siendo, ahora más que antes, algo excepcional que sólo algunos temerarios pueden permitirse el lujo de afrontar³².

Las vicisitudes de las reformas que han afectado al proceso federal presentan también otro aspecto interesante en la perspectiva de los instrumentos alternativos y de su difusión. Ya se ha señalado el hecho de que algunas de las novedades introducidas han "trasplantado" al proceso institutos tomados en préstamo de la experiencia de la justicia informal, en ocasiones confiando su control al juez y otras veces configurándolos como una etapa obligada dentro del normal *iter* procedimental³³, ade-

²⁸ En la nota precedente se ha hecho ya referencia a la facultad del juez federal de estimular a las partes a alcanzar un *settlement*, ejerciendo un papel de conciliación similar al que muchos instrumentos alternativos confiaban a mediadores privados, papel, por decirlo de algún modo, cualificado por el poder de infligir sanciones a la parte (o al defensor) que no cumpla la orden de comparecer a la *pretrial conference* provocada por el intento de conciliación, o que, aun compareciendo, no se halle preparada para alcanzar una transacción o se comportara en ella de mala fe (cfr. la *Rule 16 (f)*). La función del juez como promotor del *settlement* de una controversia que, en caso de falta de acuerdo entre las partes, se encontraría en el deber de decidir, ha estimulado un intenso debate sobre los límites dentro de lo que cabe considerar legítimo permitir al juez vestir el hábito de un *dealmaker*, no fácilmente sustituible por el de un *decisionmaker* neutral. Una síntesis de las diversas posiciones al respecto, puede hallarse, por todos, en Bundy, "The Policy in Favor of Settlement in an Adversary System," en 44 *Hastings L.J.*, 1992, págs. 1 ss.; Brazil, "What Lawyers Want from Judges in the Settlement Arena," en 106 *F.R.D.*, 1985, págs. 85 ss.

²⁹ Cfr. Resnik, "Procedural Innovations, Slashing Over: A Comment on Deborah Hensler's A Glass Half Full, a Glass Half Empty", en *Texas L. Rev.*, 1995, pág. 1638.

³⁰ Hablando de reformas de las *Federale Rules*, parece oportuno recordar que se trata de normas cuya formulación corresponde exclusivamente a la máxima instancia del poder jurisdiccional, es decir, al Tribunal Supremo, en virtud de una delegación conferida a éste con el *Rules Enabling Act* de 1934. Actualmente, las *Rules* son dictadas por una comisión permanente *ad hoc*, la *Judicial Conference*, que "recomienda" al Tribunal las enmiendas necesarias. Una vez aprobadas por el Tribunal, las *Rules* entran en vigor si, dentro de un cierto término, el Congreso no adopta normas de ley que contrasten con lo dispuesto en las *Rules* mismas. Sobre los diversos aspectos de este particular ejemplo de *judicial rulemaking*, cfr. Wright, *The Law of Federal Courts*, St. Paul, MN, 1985, págs. 403 ss.

³¹ Así define las reformas Burbank, "Ignorance and procedural Law Reform: A Call for a Moratorium", en 59 *Brooklyn L. Rev.*, 1993, pág. 841. Lo escrito es parte de las actas de un simposio sobre el tema *Reinventing Civil Litigation: Evaluating Proposals for Change* (cfr. *ibid.* pág. 655 ss.). Las aportaciones recogidas dan cuenta de forma suficientemente amplia y diferenciada de los distintos juicios expresados sobre las últimas enmiendas aportadas a las *Federal Rules*, y dispensan de la empresa no fácil de dar cuenta de la amplísima bibliografía sobre el particular.

³² Es todavía válida, pues, la afirmación del juez Learned Hand, que a principios del siglo pasado sostenía: "As a litigant I should dread a lawsuit beyond anything else short of sickness and death". Tomo la cita de Hazard-Taruffo, *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven and London, 1993, pág. 211.

³³ Se alude en particular a la *Early Neutral Evaluation* y al arbitraje endoprocesal, institutos de rápida difusión en el proceso de los Tribunales de distrito. Con la primera, un sujeto neutral designado por el juez formula una previsión sobre el posible resultado de la controversia, sometiendo a las partes la que, a su juicio, sería la decisión que pondría fin al proceso. Sobre esta base, las partes pueden, de considerarlo oportuno, iniciar una negociación que las permita llegar a un acuerdo transaccional más ventajoso para ambas que la hipotética decisión. El arbitraje endoprocesal, en cambio, se activa por una orden del juez que remite la causa a un árbitro nombrado por él. La parte que no se considere satisfecha por el laudo emitido por el árbitro, tiene de-

más, se ha conferido a los Tribunales una especie de delegación "en blanco" para la experimentación de los métodos alternativos de resolución de las controversias que mejor se ajustan a la obtención de los objetivos fijados por un plan de reducción de la duración del procedimiento y de sus costes, que cada distrito debe establecer en la óptica de un riguroso *management* de la propia carga de trabajo³⁴. Por lo demás, la creación de alternativas endoprocesales no es un fenómeno limitado a los Estados Unidos, afecta asimismo a otros ordenamientos, como por ejemplo los de Francia, Inglaterra y, en alguna medida, también el italiano. Precisamente con referencia a la experiencia inglesa, alguien ha escrito que la actitud del Estado ante los problemas de la justicia civil revela una preocupante tendencia a la esquizofrenia³⁵. En efecto, el Estado, de un lado, afirma pomposamente que el acceso a los Tribunales es un valor irrenunciable para un ordenamiento que se proclame democrático, mientras, por otro, estimula e incluso constriñe a los ciudadanos (incluidos aquellos que, con dificultades, han podido traspasar el umbral de un Tribunal) a resolver sus diferencias mediante un acuerdo, sea el que fuere, o bien a aceptar que su controversia sea decidida no por un juez sino por un sujeto que ellos no han tenido siquiera la libertad de elegir como árbitro. Se trate o no de esquizofrenia, lo cierto es que de hecho en los Estados Unidos como en otras partes, el Estado parece haber renunciado a conservar el monopolio de la administración de la justicia civil. Muchos sostienen que se trata de una renuncia inevitable frente a la proclamada incapacidad de los Tribunales para

recho a pedir la reanudación del proceso como si el arbitraje no hubiera tenido lugar, pero, en este caso, tanto la desestimación de la pretensión como la obtención de una decisión menos favorable que la arbitral resultan fuertemente sancionadas en el plano económico, con una agravación de las costas procesales a cargo de esa parte. Sobre estas instituciones, cfr. Cuomo Ulloa, "Controversie di lavoro e arbitrato nell'esperienza americana" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, págs. 196 ss.; Resnik, "Risoluzione alternativa delle controversie e processo, uno sguardo alla situazione nordamericana", *ibid.* 1997, págs. 688 ss.; Silvestri, "La 'court-annexed arbitration': un nuovo rimedio per un vecchio problema", *ibid.*, 1995, págs. 1035 ss.

³⁴ El *Civil Justice Reform Act* de 1990 ha reconocido a cada Tribunal de distrito un amplio haz de poderes en materia de *litigation management*, que van desde la facultad de organizar "trámites preferenciales" para las causas de menor complejidad a la posibilidad de organizar los tiempos y las modalidades de desarrollo de la fase preliminar del proceso en razón de las específicas exigencias de cada controversia en particular y, en fin, a la libertad de valerse de formas alternativas de resolución de las causas (cfr. 28 U.S.C. parágrafos 471-482). El *Civil Justice Reform Act* no ha sido acogido favorablemente por un amplio sector doctrinal. En efecto, las normas de esta ley controvertida, permiten a los Tribunales una gran libertad para disciplinar discrecionalmente el proceso mediante la emanación de normas locales, no necesariamente conformes con las previsiones de las *Federal Rules*. Como se ha hecho notar, de esto puede seguirse una lesiva diferenciación de los procesos seguidos en los diversos distritos, apta para favorecer prácticas de *forum shopping* y en todo caso contrastante con el propósito de unificación de la disciplina procesal perseguido por las *Federal Rules*. Sobre el particular, puede verse, por todos, Tobias, "Civil Justice Reform and the Balkanization of Federal Civil Procedure", en 24 *Ariz. St. L. J.*, 1993, págs. 1393 ss.; Mullenix, "The Counter-Reformation in Procedural Justice", en 77 *Minn. L. Rev.*, 1992, págs. 375 ss.

³⁵ Habla de "pervasiv schizoid element" en las más recientes reformas inglesas y, en particular, en aquellas que, actuando las recomendaciones de la *Civil Justice Review*, prevén un amplio recurso a los instrumentos alternativos también después de iniciado el proceso, Genn, "Understanding Civil Justice", en Freeman (ed.), *Law and Opinion at the End of Twentieth Century*, 50 *Current Legal Probs*, 1997, pág. 169.

hacer frente a una carga de trabajo en constante crecimiento, pero este discurso, si tiene algo de cierto en relación con los Estados Unidos, donde la litigiosidad rampante es desde hace años objeto de minuciosos estudios y evaluaciones estadísticas, suena en cambio como una secuencia de lugares comunes cuando se aplica a otros ordenamientos, y en particular al italiano, en el que la sobrearga de los Tribunales, a falta de datos ciertos y atendibles, corre el riesgo de ser una especie de "legenda metropolitana" a cuyos orígenes es imposible remontarse.

5. Llegados a este punto, parece oportuno recorrer en apretada síntesis las principales críticas dirigidas a los instrumentos alternativos "privados". Puesto que el propósito de este trabajo es revelar la *dark side* de las alternativas al proceso, se omite de propósito cualquier referencia a las objeciones dirigidas contra los "disidentes" por quienes consideran las alternativas como un fenómeno que no debe obstaculizarse, como si se tratase de una normal e inevitable evolución del sistema-justicia.

Los instrumentos alternativos llevan consigo el riesgo de perpetuar aquellas desigualdades que, durante años, se han invocado como la causa a la que imputar el hecho de que a muchos les esté negada la posibilidad de hacer valer ante un juez sus propios derechos. La falta de medios económicos necesarios para hacer frente a los costes de un proceso y para sobrevivir indemne a su duración constriñe al sujeto que no sea proclive a una renuncia resignada a las propias pretensiones a buscar un procedimiento alternativo que, por el hecho mismo de representar un repliegue, evoca la fastidiosa imagen de una justicia "de segunda clase". Podría decirse que siempre es mejor poco que nada, pero esta lógica "minimalista" no parece convincente, sobre todo cuando los llamados a vérselas con ella son sujetos que, en la escala social, ocupan la no envidiable posición de *underdogs*.

El proceso y sus ritos tienen un carácter iniciático que ciertamente escapa a la comprensión del hombre medio, pero la "justicia de rostro humano" dispensada con los instrumentos alternativos confunde a menudo la ausencia de formalidades con la ausencia de garantías. Para citar sólo algunas de las garantías olvidadas con más frecuencia, baste pensar en las relativas a la independencia y la imparcialidad del órgano del enjuiciamiento "alternativo", o bien del sujeto al que se confían las funciones de mediación o de conciliación, especialmente en los casos en los que el procedimiento está totalmente organizado y gestionado por una de las partes en litigio. Otro aspecto bastante poco garantista es la escasa transparencia de los procedimientos, que a menudo imponen un deber de secreto a todos los participantes. Nada más lejano de la publicidad del procedimiento, reiteradamente exaltada como una de las principales garantías aseguradas por los ordenamientos que reconocen entre los derechos fundamentales también el derecho a un *day in court*³⁶.

³⁶ Sobre el significado que la publicidad asume como expresión del "valor social" que puede atribuirse al procedimiento judi-

Lo expuesto hasta ahora evidencia algunos de los aspectos más discutibles de cualquier instrumento alternativo que se desarrolle como expresión de una justicia privada que permanezca al margen del control público. Desde este punto de vista, las conclusiones precedentes no tienen que ver sólo con la experiencia estadounidense, sino que pueden extenderse a cualquier ordenamiento en el que la privatización de la justicia se acepte como un hecho consumado del que sólo cabe levantar acta. Por lo demás, no sorprende que en los Estados Unidos esta actitud de claudicación haya prevalecido sobre cualquier intento de reaccionar ante la incontrolada proliferación de instrumentos alternativos. En efecto, existe una clara convergencia entre la ideología subyacente a las alternativas y la que constituye el substrato del modelo *adversary* de proceso, al que se ajusta la *adjudication*. Si es verdad que la "free enterprise individual [...] representa con toda evidencia el modelo en el que se inspira también el proceso *adversary* al configurarse como esencialmente dependiente de la libre iniciativa de las partes privadas"³⁷, entonces cabe afirmar que nada como la búsqueda de formas de resolución de las controversias alternativas al proceso exalta el valor de la libre iniciativa individual y resulta tan en consonancia con una concepción de la justicia que adopta los principios característicos de la teoría del libre mercado.

Sin embargo, hay que señalar que en los últimos tiempos el problema del control público sobre el desarrollo de los instrumentos alternativos ha comenzado a ser tomado en consideración, si bien es difícil establecer si esta nueva actitud tiene o no el significado de un efectivo "cambio de rumbo", indicativo de la voluntad de restituir a los Tribunales un papel de primer plano en la administración de la justicia civil. Ya se ha hecho referencia a las reformas que han previsto el recurso a procedimientos alternativos "esponsorizados" por los Tribunales³⁸, fenómeno que va difundándose y, por así decirlo, perfeccionándose a través de una cada vez más meticulosa definición de los límites dentro de los que el juez puede disponer la salida de la controversia del circuito del proceso y su derivación hacia un foro alternativo³⁹. Entre los ejemplos más significativos de esta tendencia, se señalan las nuevas normas relativas a la inserción de instrumentos alternativos en el procedimiento que se desarrolla ante las *agencias* administrativas⁴⁰. Además de procurar que el recurso a tales instrumentos no pueda ser nunca impuesto autoritariamente por la *agency*,

sino que requiera en todo caso la aceptación concorde de las partes, las normas en cuestión contienen un largo elenco de circunstancias que excluyen *a priori* un pronunciamiento "alternativo" sobre la controversia. Esto tiene lugar, en especial, cuando la cuestión a resolver afecte no sólo a las partes en causa, sino también a otros sujetos que hayan permanecido ajenos al proceso y, sobre todo, cuando se requiera que el punto controvertido sea resuelto con eficacia de precedente. Esta segunda limitación al uso de instrumentos alternativos endo-procesales resulta de notable interés a la luz de otro aspecto de la *informal justice* sobre el que se han vertido numerosas críticas, a saber, la incapacidad de los instrumentos alternativos para producir decisiones que, en virtud de su autoridad de precedente, puedan contribuir a la evolución del derecho⁴¹.

6. En un escrito reciente, un autor conocido ha afirmado que "sería poco generoso considerar la experiencia italiana de las *ADR* como una *tabula rasa*"⁴². Admitiendo impunemente un defecto de generosidad, se puede afirmar que por ahora la "moda" de los instrumentos alternativos de resolución de las controversias parece haber hecho presa, sobre todo en el orden teórico, en los iniciados más sensibles a todo lo que "crea tendencia" en el mundo del derecho. Va de suyo que el destino de los *trendmakers* es asistir a una transformación del *trend* iniciado por ellos en un fenómeno general de costumbre, y todo permite suponer que las alternativas al proceso no correrán otra suerte.

Podemos preguntarnos si también en Italia se desarrollará una floreciente industria de los instrumentos alternativos, con una facturación parangonable a la del correspondiente *business* estadounidense. Avanzar una respuesta es ciertamente aventurado, aunque resulta evidente que la situación catastrófica en que se encuentra la justicia civil italiana constituye un excelente pretexto para atribuir a lo "privado" funciones y responsabilidades que lo "público" no parece en condiciones de gestionar de forma satisfactoria o, cuando menos, tolerable.

En efecto, los últimos años han conocido una floración de iniciativas dirigidas a instituir, a distintos niveles, procedimientos alternativos al judicial para la decisión de determinadas categorías de controversias. Sería excesivo calificar a estos procedimientos de *ADR-Italian Style*, visto que todos representan "variaciones sobre el tema" del intento de conciliación. En efecto, el panorama italiano de las alternativas al proceso aparece ilustrado de forma lapidaria por el subtítulo de un artículo recientemente aparecido en un periódico: "Pleitos, controversias, causas: lo que importa es conciliar"⁴³. No es el caso de detenerse a enumerar las ya numerosas oficinas de conciliación instituidas por do-

cial, siguen siendo fundamentales las páginas de Amos, "A Day in Court at Home and Abroad" en 2 *Cambridge L.J.*, 1926, págs. 304 ss.

³⁷ Así Taruffo, *Il processo civile "Adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pág. 260.

³⁸ Cfr. *supra* n° 4, notas 26, 32 y 33.

³⁹ Los resultados de la experimentación de instrumentos alternativos *court-annexed* han sido objeto de intensos estudios, de los que resulta que el recurso a los nuevos procedimientos no ha reducido sensiblemente los costes de la justicia formal en los distritos tomados en consideración, mientras que ha determinado una apreciable reducción de los plazos de resolución de las controversias. Sobre el particular, por todos, cfr. RAND Institute for Civil Justice, *An Evaluation of Judicial Case Management Under the CJRA*, <<http://www.rand.org/centers/icj/hot/cjra.html>>

⁴⁰ Cfr. 5 *U.S.C.*, parágrafos 571-583.

⁴¹ Sobre este punto, por todos, Sander y otros, "Judicial (Mis) Use of ADR A Debate", en 27, *U.Tol.L.Rev.*, 1996, págs. 885 ss.

⁴² Así, Alpa, "Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile" en *Politica del diritto*, 1997, pág. 415.

⁴³ Cfr. Cinillo, "Giudica il buon senso", en *La Repubblica*, 11 de septiembre de 1998, "Cronaca Milano", pag. VIII. El artículo ilustra la actividad de la oficina de conciliación instituida por la Cámara de Comercio de Milano.

quier⁴⁴ con denominaciones a veces altisonantes, como si una etiqueta elegante bastase para "marcar la diferencia" respecto a los demás órganos que desarrollan exactamente la misma función. Tampoco merecen más que una alusión los diversos departamentos-reclamo creados, por ejemplo, por los bancos o por la compañía de teléfonos, puesto que los usuarios de los respectivos servicios obtienen el privilegio de servirse de procedimientos cuyo carácter "alternativo" se reduce a una vuelta a los mecanismos propios de un recurso jerárquico, lo que suscita no pocas dudas sobre la imparcialidad del órgano encargado de decidir⁴⁵

Las virtudes salvíficas de la conciliación deben haber impresionado también al legislador, si se repara en la obligación de intentar la conciliación introducida en algunas leyes recientes⁴⁶. Existen asimismo proyectos de ley que, en el ámbito del proceso ordinario, atribuyen funciones de conciliación a nuevas comisiones instituidas *ad hoc* o a terceros designados por el juez, amplían los casos en los que el uso del trámite de conciliación condiciona la procedibilidad de la demanda judicial y, en fin, reconocen a las partes la facultad de conciliar cualquier controversia sobre derechos disponibles ante organismos de conciliación instituidos por entes públicos o privados y aprobados por el ministerio de Gracia y Justicia⁴⁷.

Por consiguiente, cabe afirmar que por ahora la retórica de los procedimientos alternativos ha producido resultados decididamente modestos en el ordenamiento italiano. Para quienes albergan la convicción de que las alternativas al proceso son sinónimo "de una justicia más rápida, profesionalmente fiable, probablemente menos costosa"⁴⁸, la experiencia italiana no parece muy estimulante. Para su consuelo se puede decir que el entusiasmo con el que se ha abrazado la "causa" de la conciliación constituye un inicio prometedor, que permite esperar un constante, aunque lento, "crecimiento" de los instrumentos alternativos. Es evidente que esta esperanza no es compartida *a priori* por quien escribe, aun contando con el riesgo de ir a engrosar las filas de cuantos, sobre las alternativas al proceso, expresan opiniones "fuertemente ideologizadas" y por tanto "escasamente persuasivas, al menos en el plano de generalidad en que se las quiere acreditar"⁴⁹. Ideología aparte, más persuasivas, sin duda, que los argumentos expuestos en este trabajo pueden resultar las palabras de Bentham: "Le devoir du législateur est de corriger la procédure, et non de chercher des expédients pour s'en passer"⁵⁰.

(Trad. de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

⁴⁴ Para un amplio resumen de esta experiencia, remito de nuevo a Alpa, "Riti alternativi", cit., págs. 415 ss.

⁴⁵ Al respecto, cfr. las observaciones críticas de La China, "Riflessioni in libertà su A(lternative) D(ispute) R(esolution), arbitrato, conciliazione", en *Studi in onore Luigi Montesano II*, Padova, 1997, pág. 167, nota 2.

⁴⁶ Se alude al trámite de conciliación en las controversias de trabajo, introducido con carácter obligatorio por el d. lgs. de 31 de marzo de 1998, n.º 80 (relativo a la reforma del empleo público) y regulado por los artículos. 410 a 412 *bis* del C. procesal civil, como también al trámite de conciliación introducido por el artículo 10 de la ley de 18 de junio de 1998, n.º 192, concerniente a la disciplina del subcontrato de abastecimiento industrial. Hay que señalar que también la nueva "Disciplina de los derechos de los consumidores y de los usuarios" (ley de 30 de julio de 1998, n.º 281) prevé otra hipótesis de conciliación, si bien configurada como una mera facultad reservada a las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 3, 2.º y 4.º).

⁴⁷ Al redactar esta nota no se puede evitar cierto sonrojo provocado por la necesidad de apuntar las vicisitudes del proyecto de ley a que se hace referencia en el texto. Las normas sintéticamente recogidas son parte del proyecto de ley iniciativa del diputado Folena, titulado "Normas concernientes a la conciliación y al arbitraje", presentado en la Cámara el 17 de febrero de 1998 y asignado a la Comisión de Justicia el 1 de junio de 1998. En realidad, las mismas normas (como también la exposición que precede al proyecto) formaban parte de un esquema de proyecto de ley titulado "Disposiciones en materia de conciliación y de arbitraje" elaborado en 1997 por un grupo de trabajo creado por iniciativa del Ministerio de Gracia y Justicia. Hasta la fecha no consta que tal esquema se haya traducido en un proyecto de ley presentado en las Cámaras de forma regular. Permanecen rodeadas de misterio las razones que determinaron la "mutación" de un proyecto de ley ministerial en el proyecto presentado con la firma del exponente de un concreto partido político. Sobre el borrador del articulado ministerial, cfr. Auletta, "Le misure di 'alternative dispute resolution' allo studio del Ministero di Grazia e Giustizia", en *Contratto e impresa*, 1997, págs. 1257 ss.

⁴⁸ Así Alpa, "Riti alternativi", cit., pág. 433.

⁴⁹ Ambas citas son de Chiaroni, "Nuovi modelli processuali", en *Rivista di diritto civile.*, 1993, I, pág. 282.

⁵⁰ Cfr. Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la législation*, citado por Denti, "I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative" en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, pág. 348.