

# La ideología de la armonía: los casos de la justicia restaurativa y de los medios alternativos de solución de disputas

Harmony ideology: the examples of the restorative justice and alternative dispute resolution

Iacopo Vito Susca\*

**Resumen:** La Justicia Restaurativa representa un tema central en el debate doctrinal contemporáneo, también en virtud de la atención que ha recibido en la legislación nacional y supranacional; sin embargo, no está exenta de problemas críticos y disfunciones. En el presente trabajo investigaremos las razones "retóricas" que, en la perspectiva de la antropología crítica estadounidense, han llevado al desarrollo de un paradigma consensual-horizontal no tanto en la producción de normas, sino en el momento patológico de su aplicación: la referencia es tanto a la Justicia Restaurativa como a los Medios de Resolución Alternativa de Conflictos. Los autores que se abordarán en las páginas siguientes encuentran en este ideal tipo el resultado de los intereses de las clases hegemónicas en lugar de la continuación natural de los modelos de justicia generalizados en las sociedades tradicionales que, en cambio, serían utilizados ficticiamente para legitimar una "ideología de la armonía"; desde un punto de vista político-filosófico, este paradigma termina por cuestionar el papel mismo del Estado y la naturaleza de uno de sus más importantes funciones, o sea la de la administración de la justicia.

**Abstract:** Restorative Justice represents a central issue in contemporary doctrinal debate, also by virtue of the attention it has received in national and supranational legislation; however, it is not without critical problems and dysfunctions. In this paper we will investigate the "rhetorical" reasons that, in the perspective of American critical anthropology, have led to the development of a consensual-horizontal paradigm not so much in the production of norms, but in the pathological moment of their application: the reference is both to Restorative Justice and to Alternative Dispute Resolution. The authors who will be addressed in the following pages find in this ideal type the result of the interests of the hegemonic classes instead of the natural continuation of the models of justice generalized in the simple societies that, instead, would be used fictitiously to legitimize a "harmony ideology"; from a political-philosophical point of view, this paradigm ends up questioning the very role of the State and the nature of one of its most important functions, that is, that of the administration of justice.

**Palabras clave:** Justicia Restaurativa, Resolución Alternativa de Conflictos, Ideología de la armonía, Conferencia Pound, Adjudicación.

**Key words:** Restorative Justice, Alternative Dispute Resolutions, Harmony Ideology, Pound Conference, Adjudication.

**Fecha de recepción:** 17-7-2024

**Fecha de aceptación:** 4-12-2024

---

\*Estudiante de doctorado en la Università degli Studi di Napoli Federico II, Facultad de Derecho (Italia).

## 1. Introducción

La Justicia Restaurativa (desde ahora también JR) es un fenómeno contiguo, pero ontológicamente distinto de los Medios Alternativos de Solución de Disputas (desde ahora también MAS). Su complejidad nos obliga a aportar una definición inicial, aunque sin pretender ser exhaustiva, para poder delimitar el perímetro de este trabajo.

Los MAS representan un vasto *genus* en el que subsumir diferentes herramientas para la resolución extrajudicial de controversias, que históricamente han surgido en el ámbito mercantil-civil, donde se hace sentir más la necesidad de flexibilidad y celeridad de los tiempos procesales; en este caso, se ha asumido un papel preponderante de la mediación. Al respecto, el interés de autores como Frank Sander<sup>1</sup> y Lon Fuller<sup>2</sup> es peculiar, insistiendo en la dignidad moral y la adecuación de dichos módulos en comparación con el proceso tradicional, permitiendo a las partes reorientarse mutuamente en busca de una solución más adecuada a sus respectivas necesidades, solución que no deriva de una regla heteroimpuesta, sino del consenso que alcanzan con respecto a las reivindicaciones mutuas.

La literatura, por lo tanto, parece insistir en cualidades procesales y sustantivas que hacen que los procedimientos extrajudiciales sean preferibles a la justicia tradicional.

Estas razones también son recurrentes en la Justicia Restaurativa que, sin embargo, tiene sus propias especificidades, que no se pueden resumir en las características relatadas anteriormente. En primer lugar, se desarrolla específicamente en el ámbito penal, después de un proceso convulso, que parte de los movimientos a favor de las víctimas y que se consolida en los años 70. La definición comúnmente ofrecida es la de "el proceso por el cual todas las partes involucradas en un delito en particular se unen para resolver colectivamente las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro"<sup>3</sup>, aunque no transmite la complejidad del fenómeno. La Justicia Restaurativa concibe, a través de un necesario cambio de lente<sup>4</sup>, el delito ya no como una mera violación de la norma jurídica, sino en términos de fractura de las relaciones intersubjetivas y comunitarias. Como era de esperar, esto abre escenarios inéditos para el jurista moderno, llamado a enfrentarse a una difícil fenomenología del delito que, por lo tanto, requiere nuevas herramientas y nuevas respuestas, que no se agotan en las que ofrece el derecho clásico; de ahí el florecimiento de los círculos de sentencia o de la misma mediación penal.

---

<sup>1</sup> Sander F., *Varieties of Dispute Processing*, West Publishing Company, Eagan, 1976.

<sup>2</sup> Fuller L., *Mediations. Its Forms and Functions* en *Southern California Law Review*, 44, 1971, pp. 305-339.

<sup>3</sup> Marshall T., *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4, 1996, p. 37. Esta definición parece inspirarse en la definición contenida en actos oficiales, como el *UN Handbook on Restorative Justice Programmes* (capítulo 2, punto 1) o la *Directiva 2012/29 UE* (art. 2.1 letra d).

<sup>4</sup> Zehr H., *Changing lenses. A new Focus for Crime and Justice*, Herald Publishing, Independence, 1990.

Tanto la JR como los MAS se pueden presentar de varias maneras.

En lo que se refiere a la primera, no faltaron posiciones extremistas que se inclinaban hacia una sustitución total del derecho penal<sup>5</sup>, pero lo que prevaleció fue una visión sinérgica, en la que las instituciones de Justicia Restaurativa flanquean a las penales tradicionales, como complemento y no como alternativa<sup>6</sup>.

En cuanto a los Medios Alternativos de Solución, también en este caso se habla de modelos autónomos o heterónomos. Si bien estas últimas se encuadran, a lo sumo, en un concepto en el sentido amplio de MAS, ya que siempre presuponen la intervención de una decisión autoritaria en aplicación de la ley (por ejemplo, el arbitraje), sólo las primeras deben caracterizarse como auténticamente extrajudiciales, hipótesis en las que las partes llegan a la conclusión de la controversia exclusivamente sobre la base del cumplimiento de su voluntad y en ausencia de la heteroimposición de una regla. A diferencia de lo ocurrido en JR, en este caso fue precisamente esa versión la que prevaleció.

Más allá de las diferencias mencionadas anteriormente, tanto la Justicia Restaurativa como la Resolución Alternativa de Conflictos han gozado de un éxito común ya que han sido percibidas, especialmente desde los años 70, como medios esenciales para corregir las deficiencias estructurales del sistema judicial.

Sin embargo, no están exentos de cuestiones críticas, destacadas en particular por una literatura que vio en ellas una oportunidad para silenciar los conflictos y asegurar un estado artificial de quietud, marginando el papel del ciudadano y del sujeto de derecho.

En las páginas que siguen trataremos de recorrer los puntos más importantes de esta posición, destacando las implicaciones filosófico-políticas que de ella se derivan.

## **2. Para una perspectiva crítica**

Con respecto a la hetero-imposición de la JR como herramienta al servicio de una ideología conciliadora, el aporte de Laura Nader parece esclarecedor. Su reflexión, en realidad, se inscribe en un marco más amplio, donde la negación del acceso a la justicia se materializa también, pero no exclusivamente, en la implementación de programas restaurativos. La autora arremete con vehemencia contra cualquier procedimiento extrajudicial que termine traducándose, según ella, en una denegación de justicia, donde el verdadero objetivo es silenciar el conflicto y reducir los poderes de los actores legales (tanto en el ámbito penal como en el civil), in primis contra los Medios

---

<sup>5</sup> *Ex multis*, Christie N., *Conflicts as property* en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977, pp. 1-15.

<sup>6</sup> Es lo que ha sucedido también en Italia, a raíz de la Reforma Cartabia, implementada a través del Decreto Legislativo n. 150/2022.

Alternativos de Solución de disputas. Es posible, en efecto, alejarse parcialmente de un ángulo visual dedicado exclusivamente al derecho penal, para comprender plenamente ese paradigma de conciliación y mediación absoluta que parece haberse consolidado progresivamente en las últimas décadas.

Toda la producción de la autora está atravesada, dada su formación profesional, por una fecunda mezcla entre el formante jurídico y el antropológico; con respecto a este último, Nader muestra inmediatamente una marcada atención al tema del conflicto y a sus métodos de solución, un enfoque, el del *case of trouble*, que permite aprehender un *law in action* sensible al contexto comunitario-social de la investigación y que, asimismo, pone de manifiesto el funcionamiento de sistemas regulatorios diferentes (pero muchas veces más efectivos) al legal oficial tal y como se entiende hoy en día<sup>7</sup>.

Los Medios Alternativos se desarrollaron principalmente en los Estados Unidos entre las dos guerras mundiales, al comienzo especialmente en el contexto laboral y de empleo público, donde el sometimiento de los conflictos a los tribunales oficiales era, especialmente por parte de los sindicatos, visto como un privilegio indebido para los empleadores y la Administración Pública<sup>8</sup> respectivamente; finalmente, en los años 90 asistimos a la explosión de este modelo, con la adopción de la *Civil Justice Reform Act* de 1990 y de la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998<sup>9</sup> por parte del Congreso de los Estados Unidos, y su exportación a nivel mundial (aunque no se tardó mucho en hablar de formas de neoimperialismo legal)<sup>10</sup>. Es evidente la predilección por la mediación o el arbitraje, como alternativa al proceso ordinario, desarrollándose así una marcada tendencia hacia programas que operan en o junto al procedimiento formal (el fenómeno de la así llamada *civil diversion*) en lugar de la decisión judicial tradicional (*adjudication*).

Así reconstruida, la génesis y función de los MAS parece neutra, por no decir francamente loable, pues se sustenta en la intención de escapar de los

<sup>7</sup> Llewellyn y Hoebel identifican cuatro características que permiten distinguir el ordenamiento jurídico de otros de distinta naturaleza: a) el elemento imperativo (*must element*), representado por la presencia de una sanción que asegura el cumplimiento de una prescripción; b) la prevalencia del derecho en caso de conflicto con otros sistemas normativos; c) el elemento sistemático ("*which holds each part of the legal into a legal whole*"); d) el elemento de la oficialidad (*officialdom*). Véase Llewellyn K., Hoebel E.A., *The Cheyenne Way*, University of Oklahoma Press, Norman, 1941.

<sup>8</sup> Con la adopción del *Norris - La Guardia Act* de 1932, los *yellow dog contracts* (en virtud de los cuales la no membresía a sindicatos se convirtió en una condición de empleo) fueron declarados ilegales y se dispuso que los tribunales federales no podían adoptar *injunctions* (medidas cautelares) en disputas laborales no violentas. Todo ello condujo al desarrollo de métodos de resolución de conflictos entre empleados y empleadores fuera de los canales procesales tradicionales. Cf. Barrett J.T. y Barrett J.P., *A History of Alternative Dispute Resolution. The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, Jossey - Bass, Hoboken, 2004.

<sup>9</sup> Esta última, en particular, disponía que se estableciera un servicio alternativo de solución de controversias en cada tribunal federal de distrito de los Estados Unidos.

<sup>10</sup> La referencia es a Nader L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

formalismos del proceso ordinario para dar voz efectiva a los intereses de las partes (un objetivo, como es fácil ver, que también se encuentra en el nacimiento de la Justicia Restaurativa), si no fuera por las distorsiones a las que se han enfrentado en los últimos años, hasta el punto de convertirse en un forma de solución de controversias favorecido por los grandes actores económicos, libres de actuar al margen de las garantías jurisdiccionales del Estado de Derecho.

Es necesario, sin embargo, proceder en orden, evitando sacar conclusiones precipitadas de inmediato.

Dando un paso atrás, se puede ver que Nader rechaza una lectura económica de la evolución del derecho, considerando, en cambio, que este último está más influenciado que cualquier otra cosa por las decisiones estratégicas de los grupos de poder (*policy-makers*), muy a menudo simplemente transpuestas pasivamente en actos regulatorios por los legisladores nacionales. El derecho no es ni puede ser un instrumento aséptico, pero muchas veces (si no siempre) transmite un mensaje hegemónico-cultural.

Esto le permite considerar ingenuas algunas propuestas planteadas por reconocidos antropólogos, como Durkheim y Gluckmann, que habían terminado incurriendo en un gravísimo descuido metodológico, o sea, considerar al derecho como un elemento sujeto a un progreso lineal, representando el sistema jurídico como autosuficiente, cerrado a los estímulos externos, incurriendo así en una auténtica "crisis epistemológica"<sup>11</sup>. El primero de los autores citados, por ejemplo, había vinculado la evolución de las sociedades primitivas a las sociedades civilizadas con la sustitución de un derecho represivo por un derecho restaurativo anterior, casi como si este último fuera prerrogativa exclusiva de las sociedades tradicionales<sup>12</sup>. Según Nader, la actual y renovada atención a los MAS, así como a la JR, contradice fundamentalmente esta afirmación, precisamente porque el derecho no vive como un organismo natural sujeto a leyes físicas que regulan desinteresadamente su vida y su trabajo, sino que es, en cambio, un instrumento utilizado por los hombres, moldeándolo a voluntad para satisfacer intereses contingentemente prevalecientes. El propio Gluckmann había afirmado que los tipos de métodos de resolución de conflictos, en una teoría racional de la decisión, dependen en mayor grado de la naturaleza de las relaciones sociales involucradas<sup>13</sup>. Lo que se puede leer entre líneas, una vez más, es que, en la transición de pequeñas comunidades, en las que operaban fuertes lazos (familiares, de clan, sociales en el sentido más amplio) había una compartición absoluta de valores; en la sociedad actual, en la que prevalece el sentido de alienación del individuo, es decir, en la transición tönnesiana de la

---

<sup>11</sup> Nader L., *op.cit.*, p. 54.

<sup>12</sup> Durkheim E., *De la division du travail social*, Paris, Alcan (trad.it *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Roma-Ivrea, 1971).

<sup>13</sup> Gluckmann M., *The Judicial Process Among the Bartose of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, Manchester, 1955.

Comunidad (*Gemeinschaft*) a la Sociedad (*Gesellschaft*)<sup>14</sup>, se habría acabado por poner de relieve, en detrimento de las soluciones conciliatorias, la preferencia por las decisiones secas (del arbitraje a la propia medida judicial).

Como bien señala Nader, lo que se le escapa a Gluckmann no es considerar que esta excesiva atención a la armonía es el resultado, también y sobre todo, del trabajo misionero cristiano hacia los pueblos indígenas, un aspecto que con demasiada frecuencia se descuida.

En otras palabras, durante demasiado tiempo el sustrato antropológico de la Justicia Restaurativa y de los Medios Alternativos de Solución de Disputas ha sido leído a través de los lentes equivocados y ha terminado constituyendo un espejo distorsionado. También en el contexto del presente artículo, se han destacado las virtudes que ofrece el estudio de las sociedades primitivas en lo que respecta a la resolución de conflictos. Sin embargo, esto no excluye que sea necesario investigar los factores genéticos de estos métodos desde una perspectiva crítica.

Nader no duda en encontrar, en la base de lo que él define repetidamente como la "ideología de la armonía", el trabajo conjunto de diferentes causas entre las cuales, sin embargo, el papel principal, como se anticipó, pertenece en un doble nivel a la actividad misionera en los territorios del Pacífico, África Central y América Latina. Como observa Chanock<sup>15</sup>, los misioneros supieron ante todo cómo cambiar los valores de las culturas sobre las que intervinieron<sup>16</sup>, imponiendo una visión irénico-conciliatoria evangélica y luego, en el plano exquisitamente jurídico, llegando a la institución de verdaderos tribunales en los que se aplicaba una "justicia misionera", una confusión impropia entre el derecho positivo y las prescripciones bíblicas.

Otra causa del resurgimiento de las ideas conciliadoras está representada por la influencia latente, pero decisiva, que muy a menudo ejercen las superestructuras estatales sobre las comunidades. El movimiento *Law and Development*<sup>17</sup>, por ejemplo, aunque movido por aspiraciones valiosas, ha terminado siendo instrumentalizado para servir a intereses económicos compartidos por actores estatales, como en el caso del *Red Movement*; en las experiencias del colonialismo árabe, se nota la idealización del derecho tradicional por parte de estos mismos protagonistas. Por supuesto, todo esto es

---

<sup>14</sup> F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Fues, Leipzig, 1887.

<sup>15</sup> Chanock M., *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

<sup>16</sup> Ya se ha dicho cómo, con referencia a los indios americanos, la armonía siempre ha chocado con valores contrapuestos como el deseo de gloria, así como con una férrea división del trabajo que determinaba una asimetría en las relaciones hombre-mujer. (Lévi-Strauss C., *La vita famiglia e sociale degli Indiani Nambikwara*, Einaudi, Torino, 1970).

<sup>17</sup> El movimiento propone la exportación de modelos legales occidentales a los países en desarrollo, como garantía para una mejora de las condiciones generales de vida y el bienestar colectivo. Nacida a mediados del siglo pasado, se puede decir que ha agotado su ámbito innovador, también en virtud de las críticas que se han generado hacia los objetivos perseguidos, que desprecian las especificidades de los pueblos y culturas individuales.

parte de una estrategia artificial que tiene como objetivo desarrollar una imagen falsa de este derecho, útil para minimizar el grado de resistencia al "proceso civilizatorio". Con referencia al *Red Movement* que acabamos de mencionar, por ejemplo, los propios indios pretendían restaurar una imagen de su cultura en términos de armonía y pacificación, no porque esto correspondiera a la verdad, sino, en un nivel de análisis más profundo, movidos por la necesidad de desarrollar un instrumento contrahegemónico para obtener ventajas en la negociación con el gobierno norteamericano para la adopción del *Nuclear Waste Policy Act* de 1982; en la experiencia de la colonización, en cambio, el derecho tradicional no fue valorado, sino suplantado, de nuevo por razones económico-políticas, por el derecho estatal. En Túnez el control de los oasis fue entregado a las tribus locales que utilizaban procedimientos informales, con resultados conciliatorios, para resolver cualquier disputa; con la importación del modelo francés, el agua se convirtió en un bien público que debía ser gestionado y protegido por el Estado y sus articulaciones administrativas, in primis gracias a la deducción de cualquier controversia ante los tribunales oficiales<sup>18</sup>.

Estos ejemplos, que parecen ir más allá del esbozo del presente trabajo, en realidad nos permiten comprender cómo son los actores institucionales (Estado y grupos de poder, especialmente económicos) los que pueden moldear a voluntad la idea conciliadora y sus raíces teóricas, elevándola a un ideal a perseguir; o, por el contrario, viéndola como herencia de un pasado a superar y elemento de una cultura jurídica ancestral y hostil al progreso. El orden de las preferencias en la identificación de lugares e instrumentos para la resolución de disputas es cambiante y está disponible, al servicio del poder internacional que, hoy en día, se identifica cada vez menos con el actor estatal exclusivo, dando lugar a un "diferencial de superioridad variable"<sup>19</sup>.

Ahora bien, es evidente que las consideraciones que acabamos de exponer se refieren más que nada a los MAS y a los problemas que plantean en relación con los eventuales desequilibrios de poder que puedan surgir entre las partes, mientras que JR parecería estar a salvo de estos riesgos, pero, en realidad, no es realmente el caso.

---

<sup>18</sup> El propósito subyacente, en realidad, era excluir a las poblaciones locales de cualquier papel activo en la gestión del agua para favorecer la concesión de uso de los oasis en favor de las multinacionales.

<sup>19</sup> Said E., *Orientalism*, Pantheon Books, New York, 1978. El autor considera que en la modernidad se ha invertido la creencia en un progreso lineal del fenómeno jurídico que, partiendo de la primitiva autotutela, ve su más completa perfección en la decisión adoptada por los tribunales, compuestos por sujetos terceros e imparciales, legitimados democráticamente, como garantía de la *civilización* de un pueblo; asistimos a un retorno al pasado, como lo demuestra la simpatía de la doctrina y del legislador hacia las soluciones de disputas que están fuera del marco tradicional del juicio. Todo esto, sin embargo, según Said, estaría determinado por el deseo de las culturas hegemónicas de perpetuar su superioridad: en el momento en que las naciones menos civilizadas conquistan lo que antes representaba un índice de civilización, a saber, el sistema de tribunales, se impone un nuevo estándar, el de la mediación-conciliación, de modo que estas naciones, al tiempo que desean la plena igualdad con las más desarrolladas, vean que este "objetivo se coloca sistemáticamente fuera de su alcance [...]. Los civilizados siempre han tenido una manera de volverse más civilizados" (Gong G., *The Standards of Civilization in International Society*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 63).

La mayoría de los autores prefiere un modelo complementario de Justicia Restaurativa, que puede integrar el derecho penal. Sin embargo, se podría plantear una hipótesis de solución diferente, donde la JR está llamada a desarrollarse de manera completamente autónoma, si no siquiera sustitutiva, con respecto al sistema penal<sup>20</sup>. En este caso, las diferencias con los MAS no serían tan claras y se volverían a plantear los mismos inconvenientes, si se pensara en un caso de responsabilidad penal de una empresa contra sus empleados por accidente o por razones de seguridad social. La posición de dominio del empleador podría afirmarse en detrimento total de los trabajadores que, fuera de un circuito estatal, correrían el riesgo de no ver sus derechos protegidos de manera efectiva.

Es cierto que en materia penal, a menudo la disputa surge entre sujetos situados económicamente en el mismo plano (conflictos intraclases), pero no hay que olvidar la proliferación de nuevos delitos que pertenecen a una rama específica constituida por el derecho penal económico; en este sector, tanto los MAS como la JR podrían parecer insuficientes, según algunos autores<sup>21</sup>, precisamente en virtud de la desigualdad de poder económico que afecta a los sujetos involucrados (conflictos interclases). Los ejemplos más claros están representados por casos de abuso de mercado o de responsabilidad administrativa del ente jurídico.

La insistencia de la literatura<sup>22</sup> en un nuevo protagonismo de las partes, posible solo fuera del proceso estatal-céntrico, terminaría por aparecer como una mera ilusión, que llevaría precisamente a la negación de cualquier protección a su favor.

Éste es precisamente el mayor temor que ponen de relieve los críticos de los Medios Alternativos de Solución de Disputas: en un mundo cada vez más complejo, en el que las relaciones y las brechas de poder (sobre todo económico) se agudizan, el Estado debe seguir siendo visto como el garante de los derechos de sus ciudadanos y la única barricada contra "la atrofia del papel del actor"<sup>23</sup>.

Al final de esta parte del trabajo, sin embargo, se puede señalar que a menudo las posiciones adoptadas contra los MAS y la JR son igualmente *a priori*, basadas en una determinada concepción del Estado y de la administración de justicia, sin dejar espacio para la investigación empírica. Es precisamente esta última, en realidad, la que permite constatar, en la mayoría de los casos, un alto grado de satisfacción de las partes en los litigios en los que están más íntimamente implicadas<sup>24</sup> (por ejemplo, en el Derecho de familia). Los

---

<sup>20</sup> V. Christie N., *Conflicts as property*, en *The British Journal of Criminology*, n. 1, 1977, pp. 1-15.

<sup>21</sup> La referencia es a la *Criminología Crítica*, una teoría criminológico-sociológica, desarrollada desde los años 1970, que concibe el conflicto como un elemento inevitable de la sociedad, a la luz del *materialismo dialéctico-histórico* de Marx.

<sup>22</sup> La referencia principal es siempre el trabajo de Christie N., *op.cit.*

<sup>23</sup> Este concepto es recurrente en Nader L., *op.cit.*

<sup>24</sup> V. Thompson Eisenberg D., *What We Know and Need to Know about Court-Annexed Dispute Resolution* en *South Carolina Law Review*, n. 2, 2016, pp. 245-265; Umbreit M., *Victim-Offender*

aspectos en los que se basan los partidarios de las soluciones extrajudiciales son el de la mayor participación de los sujetos, la búsqueda de una solución compartida y una especie de justicia individualizada capaz de liberar "las partes de las cargas de las reglas"<sup>25</sup>.

### 3. Implicaciones filosóficas-políticas

Las consideraciones desarrolladas hasta ahora conducen a campos propios de la filosofía política, en los que termina envolviéndose el tema del papel del Estado en la modernidad o, mejor dicho, en la "segunda modernidad"<sup>26</sup>.

Una lectura importante de la conexión entre las metodologías de administración de justicia y las formas de concebir el Estado y su espacio de intervención en la sociedad la aporta Owen Fiss<sup>27</sup>, fuertemente crítico con el desarrollo de los MAS (e, indirectamente, también de la JR); el autor parte de la supuesta (aunque no empíricamente probada) incapacidad de las soluciones extrajudiciales para promover los que él define como valores públicos, es decir, "los valores que determinan una sociedad y que le atribuyen identidad y coherencia interna"<sup>28</sup> en cuanto están dirigidos exclusivamente a hacer prevalecer, en un marco que no está institucionalizado ni legitimado democráticamente, las preferencias subjetivas ("intereses individuales o, a lo sumo, una moralidad individual")<sup>29</sup>. Una lectura que podría parecer, *prima facie*, ideologizada, sobre todo si se la compara con una obra casi contemporánea de Richard Abel, *The politics of Informal Justice*<sup>30</sup>, en la que el jurista norteamericano insiste en cómo, en cambio, tales resoluciones de disputas han jugado un gran papel "remodelando los valores públicos y el poder estatal desde abajo" en numerosas experiencias a menudo inspiradas en los principios revolucionarios de origen socialista<sup>31</sup>.

Opino que la mejor manera de acercarse a su tesis es, de hecho, precisamente la de una interpretación histórica: no se puede entender sin ser consciente de la absoluta "mercantilización de la sociedad" que se derivó de la *Reagan Era*, se tendría sólo una comprensión parcial si la crítica a los Medios

---

*Mediation. Three Decades of Practice and Research* en *Conflict Resolution Quarterly*, n. 1-2, 2004.

<sup>25</sup> "Free parties from encumbrances of rules". Fuller L., *Mediation. Its Forms and Functions*, en *South California Law Review*, 44, 1971, p. 325.

<sup>26</sup> La expresión es de Belley J.G., *Une justice de la seconde modernité: propositions de principes généraux pour le prochain code de procédure civile* en *McGill Law Journal*, 2000-2001, p.317.

<sup>27</sup> Fiss O.M., *Against Settlement*, en *93 Yale Law Journal*, 1984, pp. 1073-1090.

<sup>28</sup> "The values that define a society and give its identity and inner coherence". Fiss O.M., *The Social and Political Foundations of Adjudications* en *Law and Human Behavior*, vol.6, 1982, p. 128.

<sup>29</sup> "Individual interests or at the best individual morality". *Ibidem*.

<sup>30</sup> Abel R.L., *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, Cambridge, 1982.

<sup>31</sup> Abel se sirve de la aportación de diversos autores (destaca especialmente la figura de Boaventura Sousa Santos) para estudiar en profundidad casos concretos, como el de la revolución cubana, el paréntesis temporal de Chile bajo la presidencia de Allende y la guerra en Mozambique para obtener la independencia de Portugal. En todas estas hipótesis, las formas de *justicia informal*, libres de condicionamientos procedimentales, eran ampliamente utilizadas para formar un consenso de los ciudadanos en torno a los valores que querían, de vez en cuando, promover. Todo esto parece contradecir la tesis de Fiss en su raíz.

Alternativos y la preferencia dada a los tribunales oficiales no se incluyeran en ese marco teórico más amplio en el que se registra la transición de un Estado del bienestar hacia un Estado neoliberal.

El autor, de hecho, considera que estos dos prototipos son los modelos políticos de referencia para la administración de justicia basada, respectivamente, en el sistema de decisiones judiciales (*adjudication*) o de medios alternativos (*dispute resolution*). Las primeras están garantizadas por los Tribunales oficiales, que gozan de una legitimidad democrático-constitucional, mientras que las segundas se basan exclusivamente en el consentimiento individual, lo que lleva a una consideración metafísica del sujeto que sacrifica una visión comunitaria de las relaciones interpersonales<sup>32</sup>. En este último caso, la hipertrofia del individualismo conduciría a la progresiva marginación del Estado hasta un retorno al paradigma del Estado como vigilante nocturno<sup>33</sup>, inspirado en un *laissez faire* omnipresente. Los MAS, al servicio de esta ideología, acabarían suponiendo la privatización de una función, como es la de la administración de justicia, tradicionalmente concebida como pública, para minimizar el intervencionismo del estado. En el caso de la *adjudication*, en cambio, habría un fortalecimiento del Estado en la medida en que, según el autor, éste garantiza la justicia social y la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos<sup>34</sup>.

En realidad, hay que reconocer que el movimiento de los MAS no nació necesaria y genéticamente como antitético a los tribunales oficiales (*anti-court system*); esto se desprende claramente de las propias palabras de uno de sus más ilustres teóricos, Frank Sander<sup>35</sup>, cuando subraya la falacia del razonamiento de Owen. Éste, de hecho, aducía como ejemplos del valor de las decisiones formales sólo los casos en los que la tenencia e interpretación de valores sociales o principios fundamentales (a menudo positivizados en la Constitución) pasaban a primer plano, no distinguiéndolos cualitativamente de los meros litigios privados, que de ninguna manera amenazaban los intereses públicos. Precisamente en este sentido, Sander, en cambio, cree útil separar los casos en los que los Tribunales están llamados a articular valores públicos de aquellos en los que se limitan a resolver conflictos entre ciudadanos. Precisamente para

<sup>32</sup> Véase Cohen A.J., *Revisiting "Against Settlement". Some reflections on Dispute Resolutions and Public Values*, en *78 Fordham University Law review*, 2009, pp. 1143-1170.

<sup>33</sup> Fiss utiliza una expresión tomada de Nozick R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.

<sup>34</sup> Fiss manifiesta una actitud casi fideísta en la *adjudication*, llegando a definirla como "*a source of pride rather than shame*" en respuesta polémica a las tesis de Derek Bok. Un ejemplo ilustre de este papel de garantizar e implementar los "valores públicos" es el oportuno ejemplo del autor con el conocido caso *Brown v. Board of Education*, en el que la Corte Suprema abolió sustancialmente la segregación racial en el sistema educativo, con un *revirement* de la tesis anterior *separate but equal*, expresada en la sentencia *Plessy v. Ferguson*. Según Fiss, la Corte había sido capaz de hacer verdaderos los valores constitucionales en pleno respeto del espíritu de los tiempos (Fiss O.M., *Against Settlement* in *93 The Yale Law Journal*, 1984, pp.1073-1090).

<sup>35</sup> Sander F., *Future of ADR - The Earl F. Nelson Memorial Lecture*, en *Journal of Dispute Resolution*, n. 1, 2000, pp. 1-8.

mejorar la eficacia de los tribunales en los primeros, es necesario descongestionar el sistema judicial reduciendo el número de los segundos.

Más allá de esta concepción, ciertamente demasiado optimista<sup>36</sup>, sobre el funcionamiento de los Tribunales y el papel de la Administración del Estado, la aportación de Fiss es relevante para comprender cómo el tema de la JR o los MAS se cruza con cuestiones mucho más complejas, que nunca se agotan en un plano puramente jurídico<sup>37</sup>. Una vez más, la ley se convierte en un instrumento político, vehículo hegemónico.

Este aspecto se entiende perfectamente si nos adentramos en la génesis de la ideología conciliadora. Hemos tenido la oportunidad de hablar del nacimiento de la JR, mientras que la historia de los MAS merece una breve digresión, que también puede subsumirse en el *genus* que acabamos de mencionar. Si en los años 70 del siglo pasado los movimientos a favor de las víctimas habían sido un catalizador para adoptar una visión que ya no se centraba en el (presunto) culpable, sino en la víctima de delitos, en el ámbito civil ya hacia los años 60 se registraban los primeros choques que anticipaban una convulsión de época. De repente, se produjo un crecimiento brusco de los casos, hasta determinar, según la opinión pública, un estancamiento en la toma de decisiones, una ineficiencia generalizada en los Tribunales.

Por lo tanto, se intentó dar una respuesta "institucional" a esta *Litigation Explosion*. El 6 de abril de 1976 se celebró en *St. Paul's* la *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, más conocida como *Pound Conference*<sup>38</sup>, donde se reunieron numerosos juristas y funcionarios. El resultado fue claro, y quedó manifestado en la intención de agilizar los tiempos de los juicios y buscar una solución fuera de los tribunales para los llamados casos basura (*garbage cases*).

---

<sup>36</sup> Ha habido numerosos autores que se han opuesto a tal lectura. *Ex multis*, véase Singer J.W., *The Player and the Cards. Nihilism and Legal Theory*, en 94 *Yale Law Journal*, 1984; Abel R.L., *op.cit.*; Resnik J., *For Owen M. Fiss. Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudications*, en 58 *University of Miami Law Review*, 2003.

<sup>37</sup> En su reflexión, también hay una crítica a la instrumentalización que ha sufrido la ideología de la Resolución Alternativa de Disputas a lo largo de los años; en particular, Fiss denuncia una estrecha alianza que se ha perfeccionado entre el mercado y la promoción de la democracia, bajo la égida de poderosos grupos de poder financiero (por ejemplo, el *Washington Consensus*, notoriamente influenciado por las ideas expresadas por Deepak Lal en su famoso libro *The Poverty of "Development Economics"*). Los pensadores y políticos occidentales han creído que el desarrollo de los mercados (y los consiguientes beneficios económicos), también extendido a los países del Tercer Mundo, sólo podía garantizarse, en paralelo con un proceso de democratización que debería, a su vez, pasar necesariamente por una exportación de modelos no autóctonos como el del Estado de Derecho o, por ejemplo, en los últimos años, el paradigma ADR. Esta última, en particular, terminaría favoreciendo indiscriminadamente a las partes fuertes en áreas en las que (pensemos en el derecho internacional de las inversiones) las partes débiles no pueden disfrutar de un sistema judicial que garantice una protección uniforme y efectiva de los derechos.

<sup>38</sup> La conferencia, de hecho, se celebró en la misma sala en la que Roscoe Pound, en 1906, se pronunció ante la *American Bar Association* sobre las mismas causas de insatisfacción de los ciudadanos con respecto a la justicia.

La *Pound Conference*, considerada en aquel tiempo como un momento inderogable para dar respuesta a las deficiencias estructurales y funcionales del sistema judicial estadounidense, no estuvo exenta de críticas.

En primer lugar, ¿quién iba a decidir sobre la naturaleza de los casos, a fin de calificarlos como "basura"? Es de extrañar, pues, que entre estos últimos se produjeran litigios de altísimo valor social, si se piensa sólo en litigios por daños y perjuicios a los consumidores. Todo esto ha llevado a autores notables, como Oscar Chase, a hablar de un deseo preciso por parte de la clase hegemónica de silenciar ciertas reivindicaciones por parte de sectores emergentes (débiles) de la población<sup>39</sup>.

El segundo punto está íntimamente ligado al primero: el propio Pound, en aquella misma conferencia de 1906 ante la *Bar Association* que más tarde dio nombre al seminario de St. Paul de 1976, no había dudado en aprehender un particular activismo de los tribunales como un rasgo característico del *common law*: un dato "fisiológico" ligado a esa particular cultura jurídica en la que el legislador tenía un papel mínimo, si no marginal. Otro aspecto destacado fue el rol positivo de la discrecionalidad o de la equidad (*equity*), elementos antisistema dejados a la valoración prudente del juez para una reacción ante el funcionamiento mecánico de las normas jurídicas, percibidos entonces como garantía de una racionalidad intrínseca de la decisión, asegurada por una suerte de razonamiento silogístico<sup>40</sup>.

La influencia de Pound fue notable, hasta el punto de que, también gracias a la adopción de las *Federal Rules of Civil Procedure* en 1938, los tribunales comenzaron a convertirse en "puntos de referencia para el reconocimiento de nuevos derechos y nuevas formas de protección contra las categorías más débiles y discriminadas"<sup>41</sup>. En otras palabras: frente a la parálisis del legislador, y haciendo uso del instrumento de la equidad, muchas veces los tribunales ejercían una función no solo adaptativa, sino a menudo incluso creativa del derecho para satisfacer las necesidades de la sociedad en una coyuntura histórica, como la de la posguerra, que era cuanto menos compleja.

Por el contrario, con el desarrollo de los MAS y de la JR, estos actores son expulsados de las salas de los tribunales, para volver al anonimato. Como señala Chase, se sabe que los teóricos de la *Pound Conference* pretendían, además de racionalizar los procedimientos, sobre todo contener el creciente papel asumido por el poder judicial, que ya no eran meros órganos encargados

<sup>39</sup> Chase O.G., *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context* (trad.it. *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2009).

<sup>40</sup> A esta concepción de la decisión judicial se opuso amargamente el realismo jurídico norteamericano, que supo ver en Pound un precursor (no siempre consciente). Por otra parte, es precisamente al autor a quien debemos esa dicotomía entre *jurisprudencia mecánica* y *jurisprudencia del cadí* que, en los realistas, acabó convirtiéndose en una constante, casi con funciones retóricas. Véase Marzocco V., *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo americano*, Giappichelli, 2018, Torino, pp. 27 ss.

<sup>41</sup> Fodda M.A., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America* en *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. X, 2012, p. 411.

de resolver conflictos (*dispute-resolvers*), sino auténticos actores políticos (*policy-makers*)<sup>42</sup>.

En realidad, hay que ser prudentes y señalar que la mayoría de las soluciones desarrolladas por los juristas estadounidenses a raíz de la conferencia de 1976 preveían el establecimiento de los MAS *court-annexed*, es decir, la creación de servicios especiales de conciliación en las oficinas judiciales, aunque siempre dependientes de las mismas.

Esta última consideración raya parcialmente, pero no desvirtúa, la voz crítica de muchos autores, entre los que destaca Marc Galanter, quien llega a acusar a la *Litigation Explosion* de ser una leyenda artificial<sup>43</sup>, producida como consecuencia del choque entre "la progresiva expansión de la protección jurídica ofrecida a los ciudadanos [...] y el papel menos visible, pero igualmente decisivo, que juegan las organizaciones económicas y políticas en la manipulación de la opinión pública [...] hacia una reforma del sistema judicial"<sup>44</sup>.

Más allá de lo observado hasta ahora, creo que la sustracción incondicional de las controversias de la sede electiva de resolución de aquéllas, es decir, de los Tribunales, puede producir un peligroso cortocircuito. Parafraseando a dos autores, podemos asistir a una tormenta perfecta en la que "la desaparición de los juicios civiles"<sup>45</sup> y "la privatización de la justicia civil"<sup>46</sup> se retroalimentan mutuamente.

Lo que estoy argumentando aquí es que el uso de acuerdos extrajudiciales puede representar una amenaza por dos razones.

En primer lugar, administrar justicia fuera de un circuito legitimado democráticamente significa a menudo no aplicar la ley: los mediadores o árbitros recurren muchas veces a acuerdos entre las partes o a compensaciones que pueden satisfacer mutuamente a las partes interesadas, agotándose todo ello en el derecho privado donde, como es sabido, la autonomía de los sujetos jurídicos puede explicarse, muchas veces, a modo de excepción a la mayoría de las disposiciones.

Por lo tanto, los órganos encargados de este tipo de resolución de conflictos sí tienen competencia decisional, pero no estrictamente

---

<sup>42</sup> Chase O.G., *op.cit.*

<sup>43</sup> Galanter M., *An Oil Strike in Hell. Contemporary Legends About the Civil Justice System* en *40 Arizona Law Review*, 1998.

<sup>44</sup> Foddai M.A., *op.cit.*

<sup>45</sup> Galanter M., *The Vanishing Trial. An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts* en *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 3, 2004, p. 459.

<sup>46</sup> Hazel G., *Why the Privatisation of Civil Justice is a Rule of Law Issue*. (<https://www.ucl.ac.uk/laws/sites/laws/files/36th-f-a-mann-lecture-19.11.12-professor-hazel-genn.pdf>).

jurisdiccional<sup>47</sup>, ya que no “dicen la ley”, no aplican el *corpus* normativo del Estado<sup>48</sup>.

En segundo lugar, quizás aún más grave, marginar el papel de los jueces significaría eliminar de la jurisprudencia esa función de adaptación continua de la *lex scripta* a las necesidades cambiantes de la sociedad<sup>49</sup>. En la individualidad y concreción de la solución extrajudicial, nunca sería posible realizar, entre otras cosas, esa función paidéutica, orientadora del comportamiento humano, que necesariamente debe ser reconocida por el derecho. La jurisprudencia, incluso en los sistemas de *civil law*, tiene un papel de clarificación de las normas que, inevitablemente, sirve para asegurar la previsibilidad, por parte del ciudadano, de los efectos jurídicos que se derivan de su conducta, contribuyendo así a garantizar la eficacia y la efectividad del derecho.

#### 4. Conclusiones

Aquí, pues, al final de este *excursus* reconstructivo, comprendemos las afirmaciones críticas sobre un uso instrumental de las posiciones sostenidas no sólo por los participantes en la *Pound Conference*, sino también por numerosas voces en la literatura, destinadas a imponer, por las diversas razones señaladas, un nuevo modelo de administración de justicia. Tanto en el ámbito civil como en el penal, el mínimo común denominador está representado por el alejamiento de los Tribunales, por la retirada del poder judicial estatal en favor de nuevas formas de composición que se ajusten a un marco puramente privado.

Esta retórica, como se mencionó anteriormente, se ejerce en un doble nivel: por un lado, insiste en la necesidad de reducir los tiempos de los juicios y descongestionar el sistema judicial; por otro lado, destaca una continuidad (ficticia) entre las experiencias antropológicas de las sociedades tradicionales y las soluciones extrajudiciales. Con respecto a este último aspecto, se afirma el paradigma de una justicia popular, que parte desde abajo y es capaz de captar las necesidades de los ciudadanos, un modelo que se implanta de forma pionera en los *San Francisco Community Boards*.

Incluso estas formas, sin embargo, no tienen nada de popular en la mayoría de los casos. Una vez más, se cree que estos "movimientos" son hetero-dirigidos: parte de una estrategia general destinada a minimizar los conflictos maximizando el orden, más útil a la economía y al progreso capitalista<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Hernández Marín R., *Compendio de Filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 335-339.

<sup>48</sup> Giabardo C., *Private Justice. The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law*, en *Wolverhampton Law Journal*, vol. 4, 2020, pp. 14-31.

<sup>49</sup> Este papel adaptativo de la jurisprudencia fue ampliamente valorado, por ejemplo, por los juristas romanos. V. Fassò G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. 1, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.

<sup>50</sup> Nader L., *When is Popular Justice Popular?* en Merry S.E., Milner N. (eds.), *The Possibility of Popular Justice: a case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993.

Se ha intentado ofrecer una imagen de las cuestiones críticas de la ideología conciliadora a través del ángulo visual de la hegemonía cultural, así como en el nivel más concreto de las consecuencias que se producen para los ciudadanos en términos de acceso a la justicia y protección de los derechos. A la vista de los problemas y cuestionamientos (no demasiado) implícitos que plantea, tal ideología no merece, en realidad, ser rechazada en bloque. Corresponderá a cada legislador evitar la instrumentalización excesiva y desarrollarla en la dirección de una auténtica justicia de proximidad que, sin embargo, nunca vaya más allá del lecho del proceso ordinario, colocándose hacia él como un complemento, nunca como una alternativa.

No es un reto fácil que, sin embargo, merece ser aceptado en la modernidad para dar plena voz a las necesidades y requerimientos de la sociedad civil y de los actores jurídicos.

## **5. Bibliografía**

ABEL R.L., *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, Cambridge, 1982.

CARPI F., *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione* en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, 2016, pp. 811-820.

CHANOCK M., *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

CHASE O.G., *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context* (trad.it. *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2009).

FISS O.M., *The Social and Political Foundations of Adjudication* en *Law and Human Behavior*, vol.6, 1982.

FISS O.M., *Against Settlement* en *93 Yale Law Journal*, 1984, pp.1073-1090.

FODDAI M.A., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America* en *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol.X, 2012, pp.411 y ss.

GALANTER M., *An Oil Strike in Hell. Contemporary Legends About the Civil Justice System* en *40 Arizona Law Review*, 1998.

GALANTER M., *The Turn Against Law. The Recoil Against Expanding Accountability* en *Texas Law Review*, vol. 81, 2002, pp. 285-304.

GIABARDO C., *Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law* en *Wolverhampton Law Journal*, vol. 4, 2020, pp. 14-31.

LAHAV A., *In Praise of Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

MANNOZZI G., *La Giustizia Riparativa: brevi note su contesto, disciplina ed effetti trasformativi* en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, 2023, pp. 649-658.

MARDER I., *The New International Restorative Justice Framework* en *The International Journal of Restorative Justice*, vol. 3, 2020, pp. 395-418.

NADER L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

PALI B., MAGLIONE G., *Discursive Representations of Restorative Justice in International Policies* en *European Journal of Criminology*, n.2, 2023, pp. 507-527.

THOMPSON EISENBERG D., *What We Know and Need to Know about Court-Annexed Dispute Resolution* en *South Carolina Law Review*, n.2, 2016, pp. 245-265.