

Una defensa de las funciones públicas del proceso. Una discusión a propósito de Alexandra Lahav, *In Praise of Litigation* (2017)*

A Defense of the Public Functions of Litigation.

A Discussion From Alexandra Lahav's *In Praise of Litigation* (2017).

Carlo Vittorio Giabardo y Carla Lucero Tarifa Dianderas **

Resumen: El artículo ofrece un breve análisis razonado sobre las funciones públicas del proceso civil a partir de algunas argumentaciones desarrolladas de manera original y analítica por A. LAHAV en su libro *In Praise of Litigation*. Este representa una defensa filosófico-política del proceso y la litigación, en oposición a la narración tradicional. Después de haber presentado el problema en sus términos generales, así como algunas discusiones precedentes y comparadas sobre la función social del proceso, se discutirá la conexión entre este y la democracia deliberativa –nexo que se sitúa al centro del libro– dentro de las coordenadas más generales de filosofía del derecho y de la política a la base del estudio. Finalmente, se analizarán críticamente algunas de las funciones públicas que el proceso civil está llamado a desempeñar en nuestras sociedades. En particular, nuestra atención se concentrará en las funciones de (a) *law enforcement*, (b) *transparency* y (c) *participation in self-government*.

Abstract: The article offers a short, reasoned analysis of the public functions performed by civil litigation. It draws upon some arguments developed in an original and analytical way by A. LAHAV's book, *In Praise of Litigation*, which represents a political and philosophical defense of litigation, in contrast with common narrative. After presenting the problem in its most general terms as well as some previous comparative accounts of the "social function" of judicial process, we will discuss the nexus between litigation and deliberative democracy (which lies at the heart of the book), framing it into the general philosophical and political coordinates of Lahav's contribution. Finally, we will be analyzing critically some of the public functions litigation is called to perform in our societies. Specifically, our attention will be focused upon the functions of (a) law enforcement, (b) transparency and (c) participation in self-government.

Palabras clave: Proceso judicial, litigación, bienes públicos, democracia deliberativa, transparencia.

Key words: Judicial Process, Litigation, Public Goods, Deliberative Democracy, Transparency-

Fecha de recepción: 29-11-2023 **Fecha de aceptación:** 20-12-2023

* El artículo entero, en su generalidad, debe ser considerado como fruto de la colaboración y de la investigación conjunta de los dos autores. No obstante, a fines de la división del trabajo, los párrafos 1, 2, 2.1, 4 son de autoría de Carlo Vittorio Giabardo, mientras que los párrafos 3, 5, 6 y 7 son de autoría de Carla Lucero Tarifa Dianderas.

** Profesor *tenure-track* del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona (España). Miembro ordinario del grupo de Investigación Proceso, Derecho y Justicia, Prodejus-PUCP. Correo-e: cgiabardo@pucp.edu.pe | Adjunta de docencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y estudiante de la Maestría en Derecho Procesal de la misma universidad. Miembro asociada del grupo de Investigación Proceso, Derecho y Justicia, Prodejus-PUCP. Correo-e: carla.tarifa@pucp.edu.pe

1. Introducción

Es muy frecuente, al menos en la literatura jurídica de nuestra tradición de *civil law*, que el proceso civil sea estudiado sólo en su dimensión técnica. Menos frecuente es que sea estudiado, por los mismos procesalistas, en su calidad de espacio fundamental de debate y toma de decisiones públicas, las cuales tienen, en nuestros tiempos, un impacto de intensidad creciente sobre la sociedad entera.

De un lado, es innegable, para un ojo realista y desde un punto de vista puramente descriptivo, que algunos de los más significativos cambios jurídicos de los últimos decenios han sido causados por decisiones judiciales: desde el derecho contractual de los consumidores hasta las últimas fronteras de la responsabilidad civil, desde el derecho ambiental y del clima (con las gigantescas proporciones que ha asumido la denominada *Climate Change Litigation*) hasta el reconocimiento de nuevos derechos; en todas partes, aunque con intensidades variables, los jueces, al resolver los conflictos, han dado voz a instancias provenientes desde abajo¹. En muchos casos se ha reconocido su legitimidad, en otros no, pero lo que es claro es que las cortes domésticas *son, y deben ser* consideradas, actoras del más amplio debate social. Desde muchos flancos se habla, con diversos acentos, de una «*judicial governance*» en relación con enteros sectores o específicas ramas del ordenamiento, y el fenómeno ya no se encuentra confinado a la tradición anglosajona, sino es una tendencia auténticamente global que supera la dicotomía *civil law/common law*².

De otro lado, sin embargo, los estudiosos se han concentrado principalmente en los aspectos políticos de esta «*global expansion of judicial power*» (TATE & VALLINDEN, 1995), pero poco han indagado el fenómeno, por así decirlo, *desde dentro*, es decir, a partir de la función y el valor públicos del proceso en cuanto institución jurídica (o sea, qué rol juega dentro de un orden democrático y qué valores promueve).

Es esta perspectiva, en cambio, la indagada por ALEXANDRA LAHAV, procesal-civilista de punta de la academia estadounidense, actualmente profesora de la *Cornell Law School*, en el libro que aquí se toma como punto de partida, *In Praise of Litigation*³. Como el título indica explícitamente, el volumen

¹ En la literatura constitucional anglosajona, particularmente la americana, es común la contraposición *top down/from below* (desde arriba/desde abajo) en relación con los cambios político-sociales y su trascendencia jurídica, v., p. ej., ACKERMANN (2007, p. 1809). Esta contraposición será retomada *infra*.

² Con referencia específica al orden jurídico europeo, en el ámbito del derecho privado, v., p. ej., los análisis de SCHMID (2008) y CIACCHI (2014). Con respecto a la “*judicial governance*” en la *Climate Change Litigation*, GIABARDO (2021).

³ Publicado en 2017 por la *Oxford University Press*. El libro resultó vencedor del prestigioso *Pound Civil Justice Scholarship Award* en el año 2018 y provocó un debate de alto nivel en la academia estadounidense. No obstante ello, el libro no parece haber tenido la adecuada

es una defensa del proceso civil en sí y de la actividad global de las cortes en la resolución de conflictos mediante procesos públicos, es decir, la *litigación*⁴. El mensaje es que el proceso es una institución democrática («*democratic-promoting institution*») socialmente central y capaz de ofrecer algunos bienes públicos («*public goods*») vitales para el correcto funcionamiento de la democracia y que sólo pueden ser generados mediante el proceso.

El libro es riquísimo en ideas originales tanto sobre la justificación política del proceso civil como sobre sus funciones sociales, y por estas razones representa, a nuestro criterio, una contribución importante a la discusión sobre los fundamentos iusfilosóficos de las instituciones jurídicas en nuestras sociedades democráticas contemporáneas.

2. La función social del proceso. El debate en la tradición de *common law*...

Antes de discutir algunos de los argumentos más relevantes del libro, se impone articular algunas consideraciones generales, incluso de naturaleza comparada, acerca de las coordenadas culturales del análisis, a fin de comprender mejor su alcance y finalidad.

LAHAV es ciertamente una estudiosa que pertenece a la cultura de *common law*. Frente a sí, tiene al proceso civil estadounidense, con sus particularidades estructurales (p. ej., la presencia del jurado, que entiende como forma irrenunciable de participación democrática de los ciudadanos en la administración de justicia⁵, o el instituto del *discovery* en la obtención de informaciones de la contraparte⁶) y su específico peso social. Con todo, consideramos que tanto las razones que han impulsado a la autora a escribir este libro, como las argumentaciones a las que hace referencia, son merecedoras de fortísima atención por parte de cualquier estudioso interesado en la teoría general del proceso y muchas de ellas son de gran importancia para entender la función social de este hoy en día, incluso en las jurisdicciones de *civil law*.

Por cuanto concierne a las razones, LAHAV admite que el proceso civil está constantemente bajo ataque. Por todas partes, la narrativa dominante afirma que el proceso es costoso, lento, ineficiente, incierto; en suma, es siempre y solamente descrito con adjetivos negativos y, por tanto, como algo a reducir,

difusión que merece en los ambientes continentales; notables excepciones son HAU (2018) y SEGATTI (2020).

⁴ Para efectos de la presente contribución, cabe precisar que no empleamos el término «litigación» referido al conjunto de habilidades técnicas en juicio, sino más bien lo entendemos en su acepción anglosajona, es decir, como noción afín –o incluso intercambiable– al *proceso judicial*, o mejor dicho, al conjunto de *procesos judiciales*, en tanto forma pública de solución de controversias.

⁵ V. *infra*, Párr. 7.

⁶ V. *infra*, brevemente, Párr. 6.

si no es que propiamente a eliminar⁷. Parece superfluo enumerar cómo las reformas legislativas de los últimos años se han orientado en el sentido de debilitar la justicia civil pública a favor de la implementación de formas alternativas y privadas de resolución de las controversias (los métodos ADR: mediación, negociación, conciliación, arbitraje). Esto es muy real en Europa, América Latina y, obviamente, en todo el mundo de *common law*, donde este ataque a la justicia civil pública, desde hace más de treinta años, ha sido particularmente violento y eficaz.

Se ha hablado, en la academia estadounidense, de una guerra en acto contra el proceso, con efectos distorsivos sobre el sistema jurídico entero⁸. Los estudiosos americanos han acuñado las expresiones críticas –incorporadas a pleno título en el vocabulario de los que se dedican al tema– «*privatization of civil justice*» (“privatización de la justicia civil”) y «*vanishing trial*» (“proceso que se desvanece”) para indicar el fenómeno de la progresiva pérdida de relevancia del proceso y, por ende, la *huida* de la resolución de un gran número de controversias de la esfera pública (GALANTER, 2004; LUBAN, 1995; en Inglaterra, GENN, 2012). Y, de forma paradójica, es propiamente allí, en la cultura donde más se ha atacado al proceso y exaltado la bondad de los ADR –aunque con buenos argumentos de orden filosófico y democrático (MENKEL-MEADOW, 1995)– que la función social del proceso también ha sido más defendida⁹.

Esto no debe sorprender. En los Estados Unidos de América, de hecho, tanto las cortes nacionales como federales –y la Corte Suprema Federal en particular– tradicional e históricamente han jugado un rol social genuinamente político (en el sentido más amplio del término) absolutamente central y abiertamente reconocido como tal¹⁰. Piénsese, sólo por mencionar un ejemplo entre muchos, en la importancia de las denominadas «*structural injunctions*» pronunciadas por los jueces en materia de derechos civiles (por descontada la referencia al caso *Brown vs. Board of Education* del 1954, relativo a la desegregación racial en las escuelas¹¹) en aquel proceso de adecuación, iniciado en los años setenta, de muchas instituciones públicas –escuelas, institutos penitenciarios, etc.– a los dictámenes de la Constitución federal (FISS, 1978, p. 48 ss.). Pero no solo ello. Las cortes han tenido un rol de primer plano en el desarrollo de casi todas las doctrinas de *tort law*, gracias al empleo, por parte de

⁷ Sobre esta «*anti-adjudication rhetoric*» (retórica anti-proceso), *cfr.* GIABARDO (2020a y 2020b).

⁸ V. el *Symposium “The ‘War’ on the U.S. Civil Justice System”*, organizado en 2015 por la *National Civil Justice Institute* y la *Emory University School of Law*, <https://ncji.org/content/what-we-do/academic-symposium/2015-academic-symposium/>

⁹ A partir de FISS (1984); desde entonces y más recientemente, RESNIK (2006, 2008 y 2014).

¹⁰ *Cfr.*, p. ej., FISS (1982). Especificamos, sin embargo, que las cortes, y en particular la Corte Suprema Federal Estadounidense, actúan *políticamente* incluso cuando se niegan a decidir una cuestión – en el sentido que dejan que el vacío político sea rellenado por los otros poderes; v., muy recientemente, AHDOUT (2023); en el derecho comparado italiano, BARSOTTI (1999).

¹¹ *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954); LAHAV (2017, p. 24).

los ciudadanos, del potente instrumento de la *class action* (piénsese en los casos de la *Tobacco Litigation* y, en tiempos más cercanos a los nuestros, en la *Food Litigation* y la ya referida *Climate Change Litigation*).

Así, las cortes, a partir de la gestión de los conflictos individuales, han ejercitado directa o indirectamente una actividad regulativa. La doctrina americana habla, para describir este conocido fenómeno, de «*regulation through litigation*» (en oposición a la «*government regulation*»), una fórmula que captura bien el hecho de que la disciplina normativa de un cierto sector del orden jurídico (*regulation*) es el efecto, directo o indirecto, de la solución de una multitud de conflictos por parte de las cortes, y por tanto, desde abajo (*bottom-up*) (KAGAN, 2001; KIP VISCUSI, 2002). LAHAV, en el libro, reconoce y retoma este mismo concepto, prefiriendo sin embargo hablar de «*regulation by private lawsuits*», una expresión de igual contenido, pero que pone en primer plano el rol de las partes en el decidir si ir, o no, ante una corte (2017, p. 38). Iluminar esta faceta nos hace entender que el sistema jurídico, en su exacta extensión en un momento dado, es también el producto de elecciones individuales, contingentes y no controlables. Los jueces actúan en consecuencia de los estímulos de las personas, las cuales, por lo tanto, con su decisión de acudir o no a una corte, son las que, finalmente, determinan las direcciones jurídicas que un determinado sistema toma.

Se entiende, entonces, cómo LAHAV afirma que «*lawsuits are a social institution*» (LAHAV, 2017, x).

2.1. (Sigúe) ... y en la de civil law (breves apuntes)

A este propósito, expandamos la mirada, histórica y culturalmente. A los ojos de los comparatistas, las argumentaciones de LAHAV permiten recabar tanto interesantes como inesperados paralelismos entre diversas épocas históricas y tradiciones culturales que hacen patente la universalidad de los temas centrales del proceso. De hecho, no podemos decir que la discusión acerca del rol social del proceso esté confinada a la tradición de *common law*. También en la tradición de *civil law* se ha tratado el problema dentro del marco de la dicotomía público/privado¹².

Se sabe que FRANZ KLEIN (1854-1926) –exponente del socialismo jurídico europeo y padre de la codificación de la *Zivilprozessordnung* austriaca de fines del siglo XIX– articuló en clave normativa la “función social” (*Sozialfunktion*) del proceso civil, en el sentido de que este debe ser, ante todo, un fenómeno público dirigido a la traducción en concreto del derecho objetivo, y en consecuencia al

¹² Han sido identificados algunos puntos de conexión entre los debates sobre el dualismo público/privado en el *civil law* y en el *common law* en las doctrinas del derecho procesal civil, recientemente, en GIABARDO (2023).

servicio de la transformación en sentido progresivo de la sociedad¹³. Este hablaba del proceso como una institución encaminada al bienestar social («*Wohlfahrtsfunktion*»; expresión originalmente de VON ZEILLER, 1808, p. 133; CARRATTA, 2017, p. 100). Esta visión suya era la consecuencia lógica de la idea por la cual las controversias eran males sociales («*soziale Übel*», KLEIN, 1891, p. 39); no sólo, por tanto, males individuales, sino incidentes en la convivencia pacífica de los ciudadanos, que era interés de la sociedad remover a través del proceso. En tal marco, el proceso ya no era visto como un servicio ofrecido a los litigantes singulares para resolver *su* conflicto, sino como un instrumento social dirigido a la aplicación del derecho objetivo en favor de la colectividad (el proceso –escribe KLEIN– es una «*Wohlfahrtseinrichtung*», una “institución de interés social”, 1901, p. 25 ss.)¹⁴.

Esta breve divagación histórica no nos parece irrelevante, ya que nos permite afirmar –con cautela, pero también con razón– que el libro de ALEXANDRA LAHAV se pone en un orden de ideas no disímiles del gran procesalista vienés, ciertamente en modo independiente y autónomo no obstante la grande distancia temporal y cultural de los dos análisis. LAHAV, de hecho, abre su libro con la afirmación (que es profundamente *kleiniana*, creemos): «A lawsuit is the result of a tear in the fabric of society» (2017, p. 1); la controversia (el antecedente del proceso) es un *algo per se* idóneo para lacerar el tejido social público, y en la misma medida, debe ser resuelta públicamente¹⁵. El conflicto no es sólo un asunto privado (una *Sache der Parteien*, como dijo el gran opositor de KLEIN, el alemán ADOLF WACH), ni mucho menos entonces, el proceso lo es.

Tanto en KLEIN como en LAHAV el proceso tiene un fin público que es ulterior al de la simple terminación de la disputa, propiamente porque esta última no es vista como una cuestión individual, sino como una ocasión para la *afirmación* del derecho. El proceso, en este orden de ideas, es un *propulsor* de bienes públicos en sí, ulteriores respecto al fin de la litis, y que tienen que ver con la sociedad en su conjunto. La gran diferencia estriba en que para KLEIN el proceso tiene claramente una función *serviente* al derecho sustantivo, el cual tiene por tanto la primacía; en cambio, para LAHAV, como se aclarará más

¹³ Es igualmente sabido que tal posición se ponía en radical confrontación con la teoría del procesalista liberal alemán ADOLF WACH que, al contrario, veía en el proceso un instrumento exclusivamente al servicio de los privados, cuyo objetivo era primariamente la resolución del conflicto. Naturalmente, en el texto se da una simplificación sobre un debate más profundo que ha influenciado prácticamente todas las codificaciones del mundo de *civil law*, desde Europa hasta América Latina. No es posible detenernos aquí sobre el tema; sin embargo, para un análisis que brilla por su agudeza y profundidad, CARRATTA (2017).

¹⁴ Sobre este punto particular, LEIPOLD (2014, p. 239).

¹⁵ LAHAV utiliza esta metáfora otras veces; p. ej.: «the more tears in the social fabric, the more lawsuits there will be» (2017, p. 2); y, más adelante: «Today individual and collective lawsuits can and should be understood as controversies of the highest social import that should be brought to public attention and debated» (2017, p. 29).

adelante, la litigación parece tener una fuerza *propulsora* autónoma y el rol de las cortes es percibido en su dimensión creativa e innovadora. En esto, LAHAV demuestra haber hecho propia –aunque implícitamente– la lección impartida por el Realismo Jurídico Americano y por el movimiento del *Legal Process* que reconocen a las cortes el estatuto de *law makers*, aun dentro de un marco, más o menos rígido, constituido por los vínculos debidos a los materiales jurídicos preexistentes (v. *infra*, Párr. 4, *in fine*).

3. Una visión funcionalista del proceso. Los cuatros bienes públicos del proceso según LAHAV

Vayamos pues a las argumentaciones del libro.

De cuanto se ha dicho, es ya claro que la que LAHAV ofrece es una explicación funcionalista del proceso; lo que significa que las características estructurales del mismo (el “cómo se constituye”) no se valorizan *per se*, sino en cuanto sirven a uno o más fines determinados (el “para qué sirve” un instituto dado).

La autora descompone analíticamente lo que podemos llamar las cuatro *funciones sociales del proceso*, las cuales son consideradas, a su vez, como componentes fundamentales de una democracia que funciona (v. *infra*, Párr. 4):

- 1) El proceso como medio para hacer efectivos los derechos (denominado *law enforcement*), a su vez descompuesto en las funciones de la *answerability, accountability* y *deterrence*;
- 2) El proceso como medio para tornar públicas informaciones que de otro modo quedarían escondidas, y por tanto para potenciar la transparencia (uno de los valores de la *open justice*);
- 3) El proceso como medio para potenciar el autogobierno de los ciudadanos (en el sentido de la participación en la toma de decisiones en contextos no representativos);
- 4) El proceso como medio para lograr la igualdad social de los individuos frente a la ley (como parte de la *Rule of Law*).

Estas funciones, acumulativas y estrechamente vinculadas entre sí, son las que a criterio de LAHAV justifican *económicamente* la existencia de la institución del proceso, en el sentido que ofrecen algunos bienes que son de mayor valor respecto a los costos (de diversos tipos, ora económicos, logísticos, personales, temporales, entre otros) que supone alcanzarlos. Nos concentraremos sobre todo en las tres primeras, que nos parecen las más densas teóricamente.

4. Proceso y democracia deliberativa. Premisas de filosofía política y del derecho

El hilo conductor del libro entero –ya explicitado en contribuciones precedentes (v. LAHAV, 2016; 2015; 2014)– es la conexión directa que existe entre un sistema público de resolución de controversias y el orden democrático constitucional. Y es que el proceso no sólo promueve la democracia (es una «*democratic-promoting institution*»), sino que es (debe ser) en sí mismo, inherentemente, un espejo del orden democrático. Su propia estructura, según LAHAV, es (debe ser) democrática.

Si bien, como se ha adelantado, LAHAV tiene en mente esencialmente la democracia estadounidense, las argumentaciones pueden ser extensibles al concepto mismo de democracia deliberativa, salvo por cuanto concierne a algunas argumentaciones específicas referidas al rol supuestamente democrático del jurado, las cuales son expresiones del particular modo de entender la administración de justicia en la tradición de los Estados Unidos de América y que, en cambio, no parecen del todo convincentes a estudiosos de otras sensibilidades.

Es cierto que en el ámbito de la filosofía del derecho es bien conocida la conexión conceptual entre un sistema funcional de cortes públicas (accesibles, independientes, imparciales, justas) y la *Rule of Law*. Entre los autores que más han enfatizado este lazo, se encuentran JOSEPH RAZ (1977)¹⁶ y LON FULLER (1978); después, más recientemente, JEREMY WALDRON (2011), TOM BINGHAM (2011; esp. Cap. 9) y JOHN GARDNER (2012, esp. p. 267). Pero es menos indagado el vínculo entre proceso (civil) y democracia¹⁷. Adentrémonos pues en esta perspectiva.

LAHAV reconoce desde el Prefacio (2017, p. viii) que la pregunta fundamental que constituye el punto de partida del libro – aún si pone en claro que, con su análisis, no pretende dar respuesta – es la formulada por JOHN RAWLS al inicio de su *Political Liberalism* (1993, p. 3): «How is it possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical, and moral doctrines?». LAHAV subraya cómo, en esta ardua tarea, el proceso civil tiene un papel privilegiado, pues es el lugar donde se resuelven “continuamente” las controversias que, en modo permanente, surgen en nuestras sociedades plurales, evitando así el recurso a la violencia. El proceso –continúa la autora– es esencialmente un “intercambio de argumentos

¹⁶ En particular, los *desiderata* n. 4 (“The independence of the judiciary must be guaranteed”), n. 6 (“The courts should have review powers over the implementation of the other principles”) y n. 7 (“The courts should be easily accessible”).

¹⁷ Véase, sin embargo, la exhaustiva y recién análisis de SHAPIRO (2023); precedentemente, BURBANK & SUBRIN (2011); FARROW (2014). En la doctrina italiana, v. también el clásico de CALAMANDREI (1952).

razonados” («*exchange of reasoned arguments*») que permite salir del conflicto llegando a una decisión justa.

Aquí LAHAV reconoce abiertamente basarse en la tradición filosófica de la escuela del *Legal Process*, un movimiento desarrollado en los Estados Unidos de América entre la década de los años cincuenta y sesenta, que se presentaba como una síntesis de lo que había de bueno en los dos movimientos contrapuestos del *Legal Formalism* y el *Legal Realism*¹⁸. Como el nombre mismo indica –explica LAHAV– este movimiento iusfilosófico se focalizaba en los procesos tanto de producción del derecho (*law making processes*) cuanto en su traducción práctica (*law enforcement processes*). En vía del todo general, este movimiento concentraba la atención sobre el aspecto dinámico-procesal del derecho, poniendo en segundo plano el sustantivo de los valores encargados al gobierno de la acción humana. El énfasis es más sobre el *cómo* (una buena solución puede ser alcanzada) respecto al *qué* (es una buena solución).

Según esta perspectiva, el análisis de LAHAV puede definirse esencialmente como formal, en el sentido que no busca investigar los principios de una justicia sustantiva ni cree, ingenuamente, que estos principios sean alcanzables, en forma compartida, a través del proceso judicial. Sin embargo, pretende limitarse al carácter deliberativo del proceso como vía de salida del conflicto. Aquí los estudiosos a los cuales LAHAV da crédito son AMY GUTMANN (profesora de *Political Sciences* en la Universidad de Pennsylvania) y DENNIS F. THOMPSON (profesor de *Political Philosophy* en la Universidad de Harvard) autores, conjuntamente, de influyentes ensayos sobre la democracia deliberativa (LAHAV, 2017, p. ix; GUTMAN & THOMPSON, 1996) Los dos estudiosos defienden la democracia deliberativa en cuanto medio para la resolución de *desacuerdos morales* en la política, a partir de un debate conducido racionalmente entre participantes informados, libres y en un plano de igualdad. La democracia deliberativa (liberal) es un proceso que encauza la libertad individual que se expresa en el intercambio público de informaciones y argumentos racionales. Esta fe – porque, a nuestro parecer, de fe se trata – en la democracia deliberativa es trasladada al proceso, que también es visto por LAHAV como un foro público en el cual los contendientes llevan, cada uno, los propios argumentos racionales en defensa de una cierta posición. «By collecting and disclosing information, developing and presenting reasoned arguments in a public setting, litigation not only promotes democratic deliberation – it is democratic deliberation» (2017, Prefacio, p. ix). Como en el caso de la democracia, la defensa del proceso no es de contenido, sino formal. No es tanto la justicia del resultado lo que cuenta («The benefit of litigation is not that every lawsuit always reaches the correct outcome», LAHAV, *idem*; entendiendo aquí evidentemente por justicia la *justicia sustancial*, compartida por todos, individual o colectivamente), sino la *justicia procesal*. Las partes, así como los partidos políticos, tienen la carga de presentar pruebas y argumentaciones

¹⁸ DUXBURY (1993), citato por LAHAV misma. Sobre la escuela del *Legal Process*, cfr también la fundamental obra de HART & SACKS (1958).

racionales capaces de vencer las tesis contrarias, y viceversa, encontrando así una vía de salida del conflicto. Es justamente esta la virtud del proceso.

No se puede esconder que esta asimilación es problemática, aunque interesante y, en todo caso, digna de atención seria.

Reservas aparte –que creemos legítimas– sobre un retrato que podría ser considerado a lo mejor *utópico* de la democracia deliberativa (como foro de discusión pacífica y racional entre sujetos informados y respetuosos sobre un plano de igualdad sustancial) y por tanto, del proceso, el problema mayor está, a nuestro parecer, en la idea del proceso como un productor de *policies* públicas y no como un medio que tiene por único fin la mera aplicación de la ley. Esto, al límite, puede ser verdadero, para una mirada continental, cuando nos referimos al proceso y a la decisión constitucional, ciertamente y por su naturaleza dotada de una dimensión política ineludible, pero es más difícil de entender o aceptar toda vez que se hable de proceso civil *tout court*.

En cambio –aparte el hecho de que la Corte Suprema Federal estadounidense no es solo, aunque también, una corte de tipo constitucional– LAHAV se refiere propiamente a todos los contextos, no solo a aquellos donde están en juego los valores constitucionales públicos (*public litigation*, como la *judicial review*), sino también aquellos enteramente privados, donde se interpreta o aplica el derecho privado, es decir, contratos, responsabilidad civil, propiedad, derecho comercial, etc. (*private litigation*). «Litigation – potencialmente toda la litigación – functions as a form of political activity that, in combination with direct action, brought about real change» (LAHAV, 2017, p. 45), se quiera o no; y, más adelante «even a case that seems entirely private, such a dispute about how the provision of an insurance contract should be interpreted, has the potential to set legal rules that govern others» (LAHAV, 2017, p. 84). Este pasaje es particularmente significativo. En línea con el Realismo Jurídico Americano y la escuela del *Legal Process* (a la que hemos hecho referencia poco antes), para LAHAV los jueces *crean derecho* –aunque *en los intersticios* del sistema jurídico– a través de la actividad interpretativa y una “elaboración razonada” («*reasoned elaboration*», según la famosa expresión de HART y SACKS, 1958, p. 145 ss.) de los materiales jurídicos e informaciones disponibles. Se recaba pues que para LAHAV no existe una “sola respuesta correcta” a los problemas jurídicos, alcanzable mediante un método lógico-deductivo, sino que los jueces responden a las necesidades sociales a través de un procedimiento dinámico, discursivo y argumentativo, racional, flexible, creativo y discrecional (aunque no totalmente libre), pues detrás de toda resolución de una controversia hay siempre una elección *social* de fondo. Y a LAHAV, como a tantos otros estudiosos de *common law*, le parece tan obvio y natural que no siente la necesidad de justificarlo. Todo eso disipa –aunque no destruye– los confines entre *decidir* y *legislar*, entre *to adjudicate* y *to legislate*, y entonces entre problemas puramente jurídicos y problemas puramente políticos

(la delimitación de esta frontera es un tópico clásico de la reflexión americana¹⁹; v., recientemente, KENNEDY, 2022). Las cortes –en la mentalidad americana– colaboran con los otros poderes (y entre ellos, el poder legislativo) al desarrollo de las políticas sociales (KENNEDY, 2022, p. 30). Naturalmente, la cuestión candente es cómo controlar democráticamente estas decisiones judiciales; pero esto es un problema, podríamos decir, *eterno*, que trasciende las fronteras del libro.

En suma, el libro nos proporciona un retrato lejano de la lectura tradicional del proceso que seguimos haciendo en nuestras familias continentales de *civil law*. Pero justamente en esto reside la riqueza de leer a la mejor doctrina de *common law*: hacer tambalear nuestras aparentes certezas.

5. Las múltiples facetas de la función de *law enforcement*

El primer valor público del proceso que LAHAV analiza es el que ella denomina *law enforcement* (LAHAV, 2017, p. 31-55). Cabe precisar que tal expresión lingüística no tiene un exacto correspondiente ni en castellano ni en italiano: denota un concepto bastante más amplio que la mera aplicación práctica del derecho (objetivo). Con *law enforcement* se quiere expresar el hacer efectivo un cierto derecho, ante todo reconociéndolo abiertamente (recordemos que el derecho estadounidense ha sido, y en gran parte *es*, un *judge-made law*) y después pronunciando el remedio (*remedy*) más adecuado para la satisfacción de la pretensión. El pronunciamiento, de un lado, reconoce *ex post* la pretensión como meritoria de tutela (la torna *existente*, podemos decir), del otro lado le atribuye eficacia también para casos futuros. Y no se diga ahora que es solo una prerrogativa de las jurisdicciones de *common law*. Ya desde hace tiempo la más sabia doctrina procesalista y comparada ha redimensionado la contraposición entre eficacia persuasiva y vinculante de las decisiones judiciales (*cfr.* CHIARLONI, 2001), y no es difícil, en cualquier orden de *civil law*, reencontrar muchos ejemplos en los que la jurisprudencia ha tenido un efecto de *tipo normativo* directo. Es quizás la responsabilidad civil el terreno más privilegiado para poner a prueba el potencial regulatorio de la actividad de las cortes –piénsese en las categorías de daños en constante creación, desarrollo, reinención y debate²⁰ – y la propia autora lo considera como emblemático.

Así, como adelantamos *supra* (Párr. 3), LAHAV identifica tres subfunciones de esta primera función: (1) la *answerability*, es decir la idoneidad de la litigación para forzar una respuesta pública por parte del adversario, en el

¹⁹ Aunque no es exclusivo de esas latitudes; anteriormente, sobre el pasaje del plano político a la sentencia judicial y la inmersión del juez en la política, v. CALAMANDREI (1952, p. 643 ss.).

²⁰ En Italia, p. ej., los daños ocasionados por lesión de la *privacy* o el daño por conductas de *mobbing*, solo por mencionar algunos ejemplos entre muchos, son creaciones jurisprudenciales, a partir de un solo artículo, el 2059 del Código Civil, redactado en 1942. Ello nos lleva a decir, muy banalmente, que es gracias a aquel conflicto dado, y gracias a la elección de aquellos sujetos y partes que decidieron ir ante una corte, que el cambio jurídico se produjo.

curso del proceso; (2) la *accountability*, esto es, el hacer responsable al autor del ilícito; y, (3) la *deterrence*, la función disuasoria de la decisión *proyectándose* al futuro, no sólo respecto a las partes involucradas, sino primordialmente a la sociedad en su conjunto. Mientras las dos primeras funciones miran al pasado (*backward looking*), la tercera se dirige al futuro (*forward looking*).

Esta actividad de *law enforcement* del proceso es considerada una verdadera y propia forma de «*regulation*», que se sitúa al lado de las otras existentes y posibles (es decir, la regulación de un determinado sector a través del mercado, *market regulation*, o a través de la *public choice*, *agencies*, *bureaucratic* o *government regulation* o *legislation*). Es, por lo tanto, una forma de *enforcement* que se basa y afianza en la actividad privada, desde abajo, para obtener desarrollos que valgan para todos, y por esto es denominada *private enforcement*, típica de la descentralización e “individualismo” que caracteriza muchos aspectos de la sociedad estadounidense: «Private actors, pursuing their own self interest, confer the collateral benefit of enforcing the law for the public good» (LAHAV, p. 38; *cfr.* también KAGAN, 2001). Hay por tanto una compenetración del interés individual, que guía a los ciudadanos en la elección de si ir o no ante una corte para proteger el derecho propio, y el interés público (definido como “colateral”) que se materializa en la decisión judicial, la cual irradia el ordenamiento entero. La actividad privada es puesta al servicio del bien público y el proceso es el instrumento mediante el cual el interés privado es canalizado públicamente.

El filósofo del derecho americano DAVID LUBAN ha expresado un concepto muy similar en un artículo que tenía el objetivo de criticar los métodos alternativos de resolución de controversias y al mismo tiempo de exaltar el rol propulsor de las cortes y su función de motor del cambio jurídico. Las cortes son las “antenas” del cuerpo social: capturan las señales de malestar e inquietud, los sufrimientos y los desacuerdos, sus causas y consecuencias. Ellas están en contacto directo con la sociedad y hacen de puente entre la esfera privada de los conflictos individuales y la pública de la acción política. En las bellas palabras de LUBAN:

“[...] there is nothing wrong with using their resort to the courts as an occasion for improving the law. [...]. At the same time, however, the litigants serve as nerve endings registering the aches and pains of the body politic, which the court attempts to treat by refining the law. Using litigants as stimuli for refining the law is a legitimate public interest in the literal sense of the term: the public is interested in learning the practical implications of past political choices and the values they embody. The law is a self-portrait of our politics, and adjudication is at once the interpretation and the refinement of the portrait.” (LUBAN, 1995, p. 2638).

Tanto en LUBAN como en LAHAV (y podemos decir, en KLEIN) la controversia es un mal social, pero un mal social necesario en el sentido que da visibilidad a un problema y, por tanto, permite su solución.

Este aspecto es particularmente interesante, porque en cierto sentido, instrumentaliza la actividad privada. Esta óptica tiene ilustres predecesores en la historia de la filosofía. En Europa, algo muy similar (en el contexto de análisis de más amplio respiro) ha sido notoriamente sostenida, p. ej., por VON JHERING, en *Der Kampf ums Recht* (1872) para articular el beneficio colectivo que deriva de la lucha individual por los derechos y su tutela ante las cortes, llegando a concebir un deber moral, hacia sí mismo y hacia los otros, de proteger los propios derechos, y no ceder.

6. Información, transparencia y *open justice*

La segunda función social sobre la cual se detiene LAHAV, es la capacidad del proceso de proporcionar informaciones (en disposición de las partes) a la atención del público. Para LAHAV, el proceso tiene un efecto indirecto de tipo *revelador*, en el sentido que revela o transparenta elementos de la realidad que sin el proceso quedarían opacos u oscuros. Esta función puede ser considerada como una parte más amplia de la *open justice*; digamos, más amplia porque esta implica el control público sobre todas las fases del proceso y el actuar del juez, y no solo en cuanto concierne al momento probatorio (que es la función a la cual LAHAV da más resalto)²¹. Las cortes son *productoras de conocimiento* («*knowledge production*», RESNIK, 2018b, p. 112). De hecho, el proceso civil de *common law* – y por cuanto nos concierne ahora, el americano – conoce el instituto potente del *discovery* (o *disclosure*), mediante el cual una parte puede constreñir a la otra a revelar informaciones y documentos.

A menudo, la historia enseña que al *discovery* sigue el *settlement*, dado que los elementos relevantes ya han sido revelados, y nada obsta para que siga siendo un bien, incluso en defecto de una decisión judicial, pues de todos modos las informaciones y los hechos se han hecho públicos y pueden ser objeto de discusión social. No son infrecuentes los casos donde cambios jurídicos han sido provocados indirectamente por este conocimiento de las informaciones procesales; nos referimos, p. ej., entre otros, al caso de la *Tobacco Litigation*, en el cual el público y la sociedad civil llegaron a saber que las compañías productoras eran conscientes de los daños provocados a la salud por sus productos, propiamente después de un *discovery* ordenado por el Fiscal General, aunque la controversia específica se terminó cerrando mediante un acuerdo – esto también debe decirse, millonario (es el “gigantesco” *Minnesota Tobacco Settlement* de 1998). Las informaciones circulantes en el interludio – alrededor de 35 millones de páginas de documentos– fueron objeto de estudio y discusión, difusión en los medios y debate: sublevaron las conciencias y llevaron a nuevas regulaciones, con efecto indirecto (KAGAN, 2001, p. 134; KYSAR, 2018).

La lección es extremadamente actual. Es conocido el fenómeno, en los últimos tiempos, de la denominada “*strategic litigation*” las más de las veces

²¹ Sobre los valores de la *open justice*, sobre todo RESNIK (2011 y 2018).

contra grandes compañías por parte de grupos, asociaciones y entes, donde la causa se inicia y continúa no con el fin de vencer, sino con el fin de sensibilizar a la opinión pública sobre un determinado tema y, quizás para provocar una reacción en los consumidores dirigida hacia la empresa, incluso en caso de victoria de esta última, llevando a la discusión social los hechos que se discuten en la corte. La estrategia de la “*strategic litigation*” es común al fenómeno ya mencionado de la “*Climate Change Litigation*” dada la enorme dificultad de llegar a una condena con las categorías jurídicas existentes²². Naturalmente, para que esto sea posible, el proceso debe conformarse a los valores de transparencia y publicidad de los asuntos públicos.

7. Proceso y participación (a modo de conclusión)

Aunque las cosas por decir serían muchísimas, hay un punto particular que nos gustaría destacar y que es quizás el más difícil de comprender – aunque no imposible, si usamos las categorías del *common law* estadounidense – y es la función del proceso de garantizar la participación de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones colectivas. Esta se puede bifurcar en dos sentidos.

El primer sentido en el que esta participación se sustancia es obvio, a partir de cuanto se ha dicho precedentemente: si tanto el proceso cuanto la decisión a adoptar pueden tener efectos sobre las dinámicas sociales, entonces significa que el *sujeto litigante* ha contribuido en manera determinante a tales resultados. Es gracias a él –o mejor, a ellos– si es el proceso ha tenido inicio y éxito, y es a su actividad argumentativa y probatoria que se debe el cambio social.

Las partes han participado como protagonistas, influenciando –es más, determinando– un resultado dado. Esto vale incluso más si consideramos el instituto de la *class action*, donde el sujeto actor *canaliza* dentro de sí las instancias de una parte social significativa (consumidores, usuarios, enfermos, discapacitados, ambientalistas y colectivos sociales en general). La participación es colectiva. Lo importante es que el proceso se estructure mediante el intercambio de argumentos racionales; que sea un «*reasoned dialogue*». Sin embargo, la contribución del individuo singular dentro del grupo se puede expresar en formas diversas de la participación procesal en sentido técnico; es decir, puede tomar parte del debate en cuanto “observador” o espectador de los medios o participando en la discusión social (LAHAV, 2017, p. 92). Aquí, realmente, vemos en LAHAV un análisis del proceso como arena democrática, no confinada a los muros de la corte: un aspecto que está ausente en la reconstrucción de los litigios colectivos en el mundo de *civil law* y que es de hecho importante examinar, inclusive si debido a la diferente estructura del mercado legal de nuestra tradición, la *class action*, y más en general los

²² Destacan este punto GANGULY, SETZER & HEYVAERT (2018).

instrumentos de agregación de las controversias individuales, no han podido aún explotar todo su potencial.

El segundo sentido, en cambio, desentaja completamente de nuestra tradición, pues se sitúa dentro del marco de ese «*American exceptionalism*» que muchas veces ha sido utilizado para describir las unicidades culturales del derecho norteamericano; es decir, la participación como miembro de un *civil jury*²³. LAHAV es claramente una defensora del jurado, en cuanto instituto que, a su consideración, promueve los ideales de la democracia deliberativa (los jurados, dentro de su oficio, votan después de una discusión)²⁴. El jurado es expresión del *autogobierno* («*self-government*») de los ciudadanos, quienes toman parte en las decisiones que les conciernen (LAHAV, 2017, p. 98). Y no es la única, pues varios estudiosos, junto a la desaparición del proceso o su privatización, lamentan también la desaparición del jurado y, por tanto, el desvanecimiento de los valores democráticos del proceso²⁵ (lo que puede sonar algo *retórico*, ya que solo una pequeñísima parte del contencioso civil es juzgado por un jurado, a causa de los altísimos costos de esto).

Al ojo de un estudioso de *civil law*, es difícil justificar la institución del jurado con argumentos democráticos por la razón de que este no motiva el juicio de hecho, y la motivación, según nuestra sensibilidad, es la más importante y prioritaria garantía de democracia, pues permite el control público de la decisión del juez (así llamada “función externa” de la motivación)²⁶. Según esta visión, la intervención del jurado sería antidemocrática. LAHAV, sin embargo, apalanca en una noción diferente de democracia, haciendo hincapié solo en la importancia de la participación y discusión de los jurados a fin de llegar a una opinión compartida. Paradójicamente, a partir de dos caras diversas de democracia, se llega a justificar tanto la presencia como la ausencia del jurado.

La autora no parece absolver del todo esta contradicción. Aunque sea consciente de la objeción, se limita a augurar –correctamente, si es que se quiere mantener el *jury trial*– que los jurados en el futuro *puedan* dar justificaciones

²³ Para una revisión y defensa clásica de las funciones del jurado civil de cara al sistema político y de justicia americano, así como su *exceptionalismo*, v. PRIEST (1990); *cfr.* también CHASE (2005).

²⁴ «The jury allows ordinary citizens to participate in adjudication, it expresses a societal belief that citizens are sufficiently educated and thoughtful to decide the fate of their fellow citizens, and it relies on the precept that law can be accesible to ordinary people» (LAHAV, 2017, p. 98). Pero esta no es una opinión aislada, sino en general profundamente compartida por la sociedad estadounidense, que en su mentalidad lo tiene asumido como un rasgo identitario de su sistema político, prácticamente al mismo nivel del voto (CHASE, 2005, p. 55 ss.)

²⁵ *Cfr.*, *p. ej.*, LANDSMAN (2011).

²⁶ Notoriamente, esta función de la motivación ha sido defendida, con particular fuerza, entre otros, por TARUFFO (1975).

para sus decisiones y que estas sean públicas²⁷. Sin embargo, no se reconoce el potencial disruptivo de la tesis adversa (mientras que el jurado no motive, no hay publicidad, transparencia ni controlabilidad de las razones). Síntoma, a nuestro parecer, de que muchas cuestiones jurídicas y procesales tienen una profunda vinculación cultural que radica en el *background* de cada tradición histórica y política²⁸.

8. Bibliografía

ACKERMAN, B. (2007). "2006 Oliver Wendell Holmes Lectures: The Living Constitution". *Harvard Law Review*, 120(7), pp. 1737-1812.

AHDOUT, Z. P. (2023). "Separation-of-Powers Avoidance". *Yale Law Journal*, 132(8), pp. 2360-2418.

BARSOTTI, V. (1999). *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino: Giappichelli.

BINGHAM, T. (2011). *The Rule of Law*, London: Penguin Book.

BURBANK, S. B., SUBRIN, S. N., (2011). "Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial". *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 46, pp. 399-414.

CALAMANDREI, P. (1952). "Processo e Democrazia", en *Opere Giuridiche*, v. 1, Roma Tre Press, 2019, pp. 618-702.

CARRATTA, A. (2017). "La funzione sociale del processo civile fra XX e XXI secolo". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 87-138.

CHASE, O. (2005). *Law, Culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New Your University Press.

CHIARLONI, S. (2001). "Un mito rivisitato: note comparative sul precedente giudiziale". *Rivista di diritto processuale*, 56(3), pp. 614-632.

CIACCHI, A. C. (2014). "Judicial Governance in Private Law through the Application of Fundamental Rights". *Austrian Law Journal*, 1, pp. 120-134.

DUXBURY, N. (1993). "Faith in Reason: The Process Tradition in American Jurisprudence". *Cardozo Law Review*, 15(3), pp. 601-706.

²⁷ «Perhaps juries ought to be empowered to give reasons as well, even if they are not required to do so» (LAHAV, 2017, p. 110).

²⁸ Sobre la relación entre instituciones procesales y culturas, y sus reciprocas interferencias, son de gran importancia las palabras de TARUFFO (2009); sobre esta misma relación, destacando fuertemente los aspectos rituales determinantes de la concepción y vivencia social del conflicto, CHASE (2005).

FARROW, T.C.W. (2014). *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, University of Toronto Press.

FISS, O. (1984). "Against Settlement". *The Yale Law Journal*, 93, pp. 1073-1090.

– (1982). "The Social and Political Foundations of Adjudication". *Law & Human Behavior*, 6(2), pp. 121-128.

– (1978). *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press.

FULLER, L. (1978). "The Forms and Limits of Adjudication". *Harvard Law Review*, 92(2), pp. 353-409.

GALANTER, M. (2004). "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Court". *Journal of Empirical Legal Studies*, 3(1), pp. 459-570.

GANGULY, G., SETZER, J., HEYVAERT, V. (2018). "If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change". *Oxford Journal of Legal Studies*, 38(4), pp. 841-864. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqy029>

GARDNER, J. (2012). "The Virtue of Justice and the Character of Law". En *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, pp. 238-269.

GENN, D. H. (2012). "Why the Privatization of Civil Justice is a Rule of Law Issue". *FA Mann Lecture*, 36, pp. 1-21. <https://www.ucl.ac.uk/laws/sites/laws/files/36th-f-a-mann-lecture-19.11.12-professor-hazel-genn.pdf>

GIABARDO, C. V. (2023). "Valores públicos y proceso civil en el derecho comparado (algunas reflexiones a partir de la obra de Eugenia Ariano)". *Revista de Processo*, 343 (38), pp. 427-450.

– (2021). "Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime: Towards a "Judicial Governance" of Climate Change?". En B. Pozzo, V. Jacometti (eds.), *Environmental Loss and Damages in a Comparative Law Perspectives*, Cambridge, pp. 393-406. <https://doi.org/10.1017/9781839701191.024>

– (2020A). "Private Justice: The Privatization of Dispute Resolution and the Crisis of Law". *Wolverhampton Law Journal*, pp. 14-31. [https://www.wlv.ac.uk/media/departments/faculty-of-social-sciences/documents/wolverhampton-law-journal/edition-4/\(2020\)-4-WLJ-14.pdf](https://www.wlv.ac.uk/media/departments/faculty-of-social-sciences/documents/wolverhampton-law-journal/edition-4/(2020)-4-WLJ-14.pdf)

– (2020B). “El valor público de la litigación privada. Una mirada crítica hacia la privatización de la justicia civil”. *Revista de Interés Público*, 4(5), pp. 43-69. <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/10015>

GUTMANN, A., THOMPSON, D. F., (1996), *Democracy and Disagreement*, Cambridge: Harvard University Press.

HAU, W. (2018). “Alexandra Lahav: In Praise of Litigation”. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 131(2), pp. 272-274.

HART, H. M., SACKS, A. M. (1958). *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (W. Eskridge Jr. y P. Frickey, eds., 1994), Foundations Press.

KAGAN, R. A. (2011). *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Harvard University Press.

KENNEDY, D. (2022). “Utopian Rationalism in American Legal Thought: A Critique of the Hart & Sacks Legal Process Materials”. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4233370>

KLEIN, F. (1891). *Pro futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich*, Leipzig-Wien: Deuticke.

– (1901). *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse* (ed. 1958, Frankfurt).

KYSAR, D. A. (2018). “The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism”. *European Journal of Risk Regulation*, 9(1), pp. 48-65.

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

– (2016). “The Roles of Litigation in American Democracy”. *Emory Law Journal*, 65(6), pp. 1657-1704.

– (2015). “Participation and Procedure”. *DePaul Law Review*, 64(2), pp. 513-537.

– (2014). “The Jury and Participatory Democracy”. *William & Mary Law Review*, 55(3), pp. 1029-1059.

LANDSMAN, S. (2011). “The Impact of the Vanishing Jury Trial on Participatory Democracy”. En *Pound Civil Justice Institute, 2011 Forum for State Appellate Court Judges*, p. 1-16. <https://ncji.org/wp-content/uploads/2019/04/2011-Pound-Forum-Landsman-Paper-1.pdf>

LEIPOLD D. (2014). “Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert”. En *Globalisierung und*

Sozialstaatsprinzip. Ein japanisch-deutsches Symposium, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 235-254.

LUBAN, D. (1995). "Settlements and the Erosion of the Public Realm". *Georgetown Law Journal*, 83, pp. 2619-2662.

MENKEL-MEADOW, C. (1995). "Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)". *Georgetown Law Journal*, 83, pp. 2663-2696.

PRIEST, G. L. (1990). "The Role of the Civil Jury in a System in Private Litigation". *University of Chicago Legal Forum*, pp. 161-200.

SCHMID, C. U. (2008). "Judicial Governance in the European Union: The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court". En C. Joerges y F. Rödl (eds.), *Law and Democracy in Europe's Postnational Polity*, Routledge, pp. 85-107.

SHAPIRO, M. A. (2023). "Democracy, Civil Litigation, and the Nature of Non-representative Institutions". Forthcoming en *Cornell Law Review*. Recuperado de: [Rutgers Law School Research Paper 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4430081](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4430081)

RAWLS, J. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.

RAZ, J. (1979). "The Rule of Law and Its Virtues". *The Authority of the Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, pp. 211-229.

RESNIK, J. (2019). "The Functions of Publicity and of Privatization in Courts and their Replacements (from Jeremy Bentham to #MeToo and Google Spain)". En B. Hess & A. K. Harvey (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, pp. 177-252.

– (2018). Panel II: Privatization of Justice and Transparency: Arbitration, ADR. *Open Justice Conference, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law*, 27 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=Z0BJymWmJqY>

– (2014). "The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure". *University of Pennsylvania Law Review*, 162(7), pp. 1793-1838.

– (2011). "A2J/A2K: Access to Justice, Access to Knowledge, And Economic Inequalities in Open Courts and Arbitrations". *North Carolina Law Review*, 96, pp. 101-178.

– (2008). "Courts: In and Out of Sight, Site, and Cite", *Villanova Law Review*, 53, pp. 771-811.

– (2006). “Wither and Whether Adjudication?”. *Boston University Law Review*, 86, pp. 1001-1054.

SEGATTI M. (2020). “Recensione a A. Lahav, *In Praise of Litigation*, Oxford University Press, Oxford 2017”. *Ars Interpretandi*, pp. 174-176.

TARUFFO, M. (2009). “Cultura e processo”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 63(1), 2009, pp. 63-92.

– (1975). *La motivazione della sentenza civile*. Milano: Cedam.

TATE, C. N., VALLINDER, T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press.

KIP VISCUSI W. (2002). *Regulation Through Litigation*, Brookings Institution Press.

WALDRON, J., (2011). “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, en James E Fleming (ed.) *Getting to the Rule of Law*, 50, pp. 3-31.

ZEILLER VON, F. (1808). “Grundsätze über die Haupteigenschaften einer Civil-Gerichtsordnung”, en *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten*, 4(8).