

EL ACUERDO INSTITUCIONALIZADO EN INGLATERRA: UN PANORAMA CONTEMPORÁNEO

Simon Roberts

PRESENTACIÓ

Marta Poblet

Universitat Oberta de Catalunya

La conferència del Dr. Simon Roberts conclou el V Cicle Aranguren, per bé que els autors que vénen a continuació reprenen alguns dels temes tractats al llarg de les seves sessions. De fet, Simon Roberts constitueix un pont d'allò més adequat, ja que les seves preocupacions centrals són, des de fa anys, les possibilitats i els límits que els processos de mediació –i els mediadors com a professionals– poden oferir en la gestió i la resolució dels conflictes en les societats multiculturals.

L'obra de Simon Roberts conjuga una reflexió teòrica fonamentada en l'antropologia jurídica i política –orientada al que l'àmbit acadèmic anglosaxó anomena *dispute processes*– amb la seva expertesa com a assessor d'institucions diverses (als anys seixanta, del govern de Botswana i, des del 1997, del *Lord Chancellor's Advisory Board on Family Law* anglès).

Simon Roberts és professor de dret a la London School of Economics and Political Science gairebé des dels inicis de la seva carrera acadèmica, encetada com a professor de l'Institut d'Administració Pública de Malawi l'any 1964, és a dir, el mateix any en què aquest país esdevingué independent. L'experiència a l'Àfrica, sens dubte, constitueix el referent constant de bona part de la seva obra. Un dels seus primers articles és «Tswana Family Law» (*Restatement of African Law Series*, núm. 5, Sweet & Maxwell, London, 1972), al qual segueix, amb Isaac Schapera, «Rampedi Revisited: Another Look at a Kgatla Ward» (Àfrica, Vol. 45, núm. 3, 1975) i l'edició de dos llibres: *Law and the Family in Africa*, (Mouton: The Hague, 1977) i, més recentment, amb Kenneth Mann, *Law in Colonial Africa* (London: Heinemann, 1991). Ja en aquesta època inicial endega amb John L. Comaroff –una altra figura rellevant de l'antropologia política– el que serà una extensa i fructífera col·laboració. En són exemples: «The Invocation of Norms in Dispute Settlement: The Tswana Case», a Hamnett (ed.), *Social Anthropology and Law*, Academic Press, 1977; «A Chief's Decisions and the Devolution of Property in a Tswana Chiefdom» a Shack & Cohen (eds.), *Politics in Leadership* (Clarendon Press, Oxford, 1979) i *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (University of Chicago Press, Chicago, 1981).

En relació amb aquesta prolífica activitat, cal destacar també que Simon Roberts ha estat coeditor del *Journal of African Law* i membre del consell editorial del *Journal of Legal Pluralism*, entre d'altres publicacions destacades. Actualment és un dels editors de la sèrie *Oxford Socio-Legal Studies*.

En els darrers anys, Simon Roberts s'ha endinsat en els àmbits de la justícia civil i la mediació, dominis no sempre de fàcil entesa. Segons el seu parer, del *boom* de la mediació institucionalitzada en els darrers anys pot fer-se'n un balanç que projecta llums i ombres. Entre les llums, el fet que la mediació es presenta com una alternativa real a la situació gairebé monopolista dels tribunals pel que fa a les decisions –com li agrada de dir, «l'Estat modern segrestà la justícia». Aquesta visió s'aproxima a l'optimisme de Habermas: la mediació com a àmbit que pot enfortir l'esfera privada dels ciutadans davant del poder de l'Estat. I, pel que fa a les ombres, una d'allargada: la mediació com a nova estratègia de dominació per mitjà de la qual, tot i que de formes distintes, el dret i els advocats adquireixen –o renoven– una posició de privilegi. Per a Simon Roberts hi hauria d'haver –gairebé no podria ser altrament– una «tercera via» entre aquests dos camins, una via modesta a l'hora d'enunciar les potencialitats de la mediació i conscient pel que fa als seus límits (especialment en situacions caracteritzades pel desequilibri de poders entre les parts). En aquest context, el mediador s'hauria de configurar, no tant com a «expert», sinó com a «facilitador» neutral del diàleg entre les parts en el procés de presa de llurs decisions.

El acuerdo institucionalizado en Inglaterra: un panorama contemporáneo*

Simon Roberts

London School of Economics and Political Science

INTRODUCCIÓN

Hace treinta años, podíamos señalar confiadamente quienes «eran» las principales instituciones de la justicia civil en el mundo del *common law*. Tras un prolongado período, el juez y el abogado se habían ido erigiendo en figuras centrales, en agentes bien definidos de la gestión pública de las disputas. Uno custodiaba la bella promesa de la autoridad decisoria de un tercero; el otro, consejero y paladín, se ofrecía como compañero de viaje imprescindible en la ardua travesía de la litigación.¹ A medida que, en la evolución histórica de la esfera pública, el Estado nación se solidifica, la preponderancia creciente de los tribunales y la emergencia paralela de los abogados como servicio profesional especializado arrinconan a la mediación y, de hecho, ésta ya no se reconoce como elemento integrante de las culturas de conflicto occidentales.² La mediación no deja de estar «ahí», por supuesto, pero se esconde en un segundo plano como elemento irreducible en cualquier contexto que implique a más de dos agentes.³

A lo largo y ancho del *common law*, sin embargo, las dos últimas décadas del siglo xx se llevan consigo las certezas de este aparentemente bien asentado universo. En

* Traducción del inglés de Marta Poblet.

1. WEBER se apercibió del extraordinario grado de confianza en la profesión jurídica del *common law* para las cuestiones más cotidianas al observar la propensión de los ingleses a arreglar sus asuntos de acuerdo con la ley, «reteniendo de una vez y para todas a un abogado como padre confesor para todas las contingencias de la vida». Max WEBER, *Economy and Society*; ROTH, G. y WITTICH, C. (eds.), Berkeley: UCLA Press, 1978 [1917]: 891. Edición española: Max WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica (1944).

2. Para seguir la forma en que este proceso tuvo lugar, véase N. CASTAN «The arbitration of disputes under the Ancien Régime» en J. BOSSY (ed.) *Disputes and Settlements*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

3. Véase la discusión seminal de la «tríada» de Georg SIMMEL en su *Soziologie* (1908) (Traducción inglesa de KURT H. Wolff, Glencoe, Illinois: The Free Press, 1955; véase en particular p. 138 ss.). Edición española: Georg SIMMEL, *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*, Madrid: Alianza Editorial, 1986. Edición catalana: Georg SIMMEL, *Sociología: investigacions sobre les formes de socialització* (traducción de Joan Leita), Barcelona: Edicions 62, 1988.

este período relativamente breve, las identidades reconocidas del «tribunal» y del «abogado» se replantean y el «mediador» emerge otra vez como figura protagonista, por más que pobemente definida. En el núcleo de semejante transformación se halla una retórica creciente en favor del «acuerdo» entre el amplio espectro de las instituciones del conflicto,⁴ avanzada bajo el floreciente leitmotiv del *Alternative Dispute Resolution* (o del ADR, su acrónimo universal).⁵

El resurgimiento de la mediación institucionalizada como vía ampliamente reconocida de elaboración de decisiones –en muchos aspectos un extraordinario e inesperado cambio de rumbo– se produce, en un sentido inmediato, a través de tres fenómenos estrechamente relacionados. El primero de ellos puede describirse aproximadamente como la aparición de «nuevos profesionales» de la resolución de disputas. Estos nuevos grupos especializados emergen a lo largo de las dos últimas décadas y ofrecen servicios que compiten –aunque sólo indirectamente– con los que los abogados proveen. Aunque los «nuevos profesionales» promueven inicialmente la mediación como una prometedora «tercera vía» entre la decisión externa, jerárquicamente impuesta, y la representación por expertos jurídicos, la preeminencia contemporánea del ADR es igualmente atribuible a iniciativas paralelas e independientes en el marco de los tribunales, así como a los movimientos defensivos de los abogados para recuperar el terreno perdido. En este artículo propongo una reflexión sobre cómo deberíamos entender las distintas facetas que el ADR ha adoptado en Inglaterra y las implicaciones que pueden desprenderse en relación con nuestra arraigada concepción de la «justicia pública».

LOS «NUEVOS PROFESIONALES» DE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Un fenómeno central del movimiento del ADR en Inglaterra, perceptible por primera vez hacia finales de los setenta, es la emergencia de un servicio profesional embrionario con un reclamo esencial: ofrecer un contexto seguro para las negociaciones entre partes. Inicialmente se trataba de servicios autónomos de ámbito local, aun-

4. Utilizo «acuerdo» aquí en el sentido general de la búsqueda de un arreglo negociado y consensuado, en oposición al recurso a una decisión por parte de un tercero. En la práctica, el enfoque de buscar un acuerdo puede guardar escasa relación con la idea fundacional de un proceso de decisión consensuado a través de un intercambio bilateral. Aunque la retórica del acuerdo voluntario se mantiene, el arreglo en el sentido del abogado bien puede ser –y a menudo es lo propio– la culminación de un proceso penoso, caracterizado por el secreto y la sospecha, en el que los representantes de una de las partes han debilitado a la otra hasta tal punto que ésta, quizás enfrentándose a lo inevitable, decide renunciar de mala gana.

5. La expresión *Alternative Dispute Resolution* se generaliza en la literatura norteamericana alrededor del año 1980; aparece ya en F.E.A. Sander, «Varieties of Dispute Processing» (1976) 70 *Federal Rules Decisions* 130, aunque puede que no sea aquí donde se acuñe la expresión.

que rápidamente fueron agrupándose en asociaciones nacionales que ofrecían mediación comunitaria (Mediation UK) y mediación familiar (National Family Mediation). A estas asociaciones les siguió una institución que proporcionaba mediación comercial (Center for Dispute Resolution).⁶ Este desarrollo muestra todos los signos de la especialización disciplinaria y la emergencia de una profesión autónoma, incluyendo el crecimiento de nuevos marcos reguladores en materias tales como selección, formación, acreditación y estándares prácticos.⁷

A pesar de la heterogeneidad de la práctica contemporánea, hay dos características centrales que, al margen de toda controversia, distinguen a la mediación de otros tipos de intervención de un tercero. En primer lugar, la mediación es una intervención que asiste a la decisión de «otras personas» –en contraste abierto, pues, con la figura del juez. En segundo lugar, la mediación se desarrolla desde un punto de vista «no alineado» los mediadores pueden no ser imparciales, pero tampoco son explícitamente partidistas. Así pues, los mediadores no persiguen desarrollar las tareas que habían correspondido hasta entonces a los abogados, y compiten con ellos sólo de forma indirecta.

A medida que la mediación evoluciona como práctica profesional en Inglaterra, dos formas de intervención analíticamente distintas, con formas procedimentales igualmente diferenciadas, van tomando forma silenciosamente tras esa etiqueta compartida. La primera implica un papel eminentemente facilitador, a través del cual el mediador establece protocolos de comunicación entre las partes para que éstas puedan negociar. La segunda conlleva un rol más envolvente, puesto que el mediador actúa como «experto», tanto en relación con la gestión de la disputa como en la tarea de facilitar la comunicación. Esta segunda forma se aproxima a los distintos tipos de consulta familiar que ofrecen un amplio espectro de profesionales ya establecidos.

En términos generales, y de modo diagramático, puede decirse que, en el primero de aquellos roles, el tercero interventor:

- establece la comunicación entre las partes;
- se asegura de que todas las cuestiones se identifican y se comunican;
- observa las opciones que se identifican y evalúan;
- estimula la adopción de cualquier cambio posicional necesario, y
- asiste en la formulación de cualquier acuerdo subsiguiente.

6. M. PALMER y S. ROBERTS relatan la historia del resurgimiento de la mediación en Inglaterra en *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making*, London: Butterworths, 1998. Una historia detallada del National Family Mediation se ofrece en T. FISHER (ed.), *Family Conciliation within the UK: Policy and Practice*, Bristol: Family Law, 1990.

7. *Mediating Family Disputes: Education and Conduct Standards for Mediators*, Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct, diciembre de 1999.

Bajo la segunda forma, en cambio, el tercer interventor:

- establece la comunicación entre las partes;
- obtiene información acerca de la naturaleza de la disputa;
- evalúa esta información para lograr un diagnóstico;
- ofrece una prescripción basada en su conocimiento experto, e
- intenta persuadir a las partes para que acepten aquella solución.

Los tipos de práctica que se derivan de ambos modelos de procedimiento ya se perciben claramente en la emergente profesión de la «mediación». En términos generales, estos modelos se tratan con cierta ligereza como variantes «facilitadora» y «evaluativa», respectivamente. Pero este consenso aparente esconde una divergencia tanto filosófica como de procedimiento. De un lado, están los que ven la mediación como una intervención fundamentalmente de apoyo a la negociación entre partes. Por tanto, no conciben una mediación sin antes tener en cuenta la negociación. Del otro, están los que la contemplan como una intervención experta, afín a las ya desarrolladas en campos como la ingeniería, el derecho y la medicina. Desde esta perspectiva, el mediador adquiere el control y «hace el trabajo», recogiendo datos y elaborando un diagnóstico experto que ofrecerá a sus clientes en forma de solución recomendada. Si en el primer modelo se ofrece el establecimiento de canales de diálogo entre las partes, en el segundo las vías primarias de comunicación se tienden entre el mediador y los clientes.

EL ACUERDO COMO JUSTICIA CIVIL

Aunque cualquier generalización acerca de lo que los tribunales ingleses «sean» y hayan desarrollado deba hacerse con cautela, puede decirse que, hasta los años setenta, estas instituciones concebían su papel, en general, de un modo bastante restrictivo: celebrar juicios y emitir resoluciones judiciales. Las intervenciones pre-judiciales se dedicaban en gran medida a asegurarse de que la situación no había cambiado demasiado en las vísperas del juicio, dejando así a las partes la posibilidad de seguir su propio ritmo. Entonces, y en el espacio de treinta años, su orientación cambió radicalmente en la medida que asumieron paulatinamente la responsabilidad de respaldar el acuerdo. Este cambio parece haberse dado de forma espontánea a través de iniciativas locales de jueces en tribunales de familia en los inicios de los ochenta,⁸ seguidas una década después por tribunales mercantiles⁹ y generalizadas finalmente en los tribunales civiles en

8. G. M. PARMIER, «Bristol In-Court Conciliation Procedure» (1981) *Law Society Gazette*, 25 de febrero.

9. *Commercial Court Practice Statement* de 10 de diciembre de 1993.

una Instrucción Práctica (*Practice Direction*) a mediados de los noventa.¹⁰ La transformación concluye con la promulgación de nuevas reglas de procedimiento civil por el Lord Canciller en 1998.

La visión estrecha que los jueces ingleses tenían de ellos mismos implicaba una nítida línea de demarcación entre el acuerdo negociado y la intervención decisoria de un tercero. Sin embargo, apenas podía esconder algo que había aflorado a lo largo de varias generaciones. Los abogados habían conceptualizado su papel en la resolución de disputas como «litigación» y usaban el marco que el procedimiento civil facilitaba como arena primaria de sus intentos de lograr un «acuerdo».¹¹ Es ya lugar común afirmar que en la jurisdicción civil inglesa sólo un pequeño número de asuntos va a juicio, y un número aún menor concluye con una sentencia. Así, como ocurre también en Estados Unidos, dos modos aparentemente distintos de decisión han compartido una única vía procedural (la que tradicionalmente se encaminaba a la obtención de una sentencia).¹² Lo que es nuevo, pues, es la participación activa del sistema judicial en ambos aspectos de este proceso dual.

Los tribunales reconocieron públicamente su respaldo a los acuerdos como objetivo explícito y oficial de forma relativamente tardía. Pueden encontrarse afirmaciones en este sentido en el Informe Heilbron/Hodge de 1983,¹³ así como en la versión interna del «Informe Woolf».¹⁴ En este último se prescribe la «gestión» judicial de los casos y se define el propósito general de:¹⁵

alentar el arreglo de las disputas en la fase inicial más apropiada; si el juicio deviene inevitable, intentar que los casos se tramiten lo más rápidamente posible en aras a celebrar una vista oral cuya duración debe ser igualmente limitada.

Esta aparente ruptura brusca con el pasado no hace más que confirmar lo que era ya una práctica consolidada: el uso de la «litigación» como vehículo de negociación entre los abogados. Lo nuevo es el compromiso activo de la judicatura en el proceso.

Las reglas de procedimiento civil se encabezan con una afirmación programática de carácter amplio. En ella se identifica un «objetivo principal» consistente en «facilitar

10. *Practice Direction* de 24 de enero de 1995, emitida conjuntamente por el *Lord Chief Justice* y el *Vice-Chancellor*: (1995) 1 WLR 262.

11. Para una temprana discusión véase M. GALANTER, «Word of Deals: Using Negotiation to Teach Legal Process», *Journal of Legal Education*, 1984: 268.

12. S. ROBERTS, «The Path of Negotiations», en M. FREEMAN (ed.) *Current Legal Problems* 1996, Oxford, 1996.

13. *Civil Justice on Trial-The Case for Change*, London, Justice, 1993.

14. *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, Lord Chancellor's Department, 1995.

15. En II.5.16.

que los tribunales diriman los asuntos justamente» (Regla 1.1(1)). A continuación señala que «los tribunales deberán lograr tal objetivo básico a través de la gestión activa de los casos». Este requerimiento (nótese el tono imperativo: «los tribunales deberán...») indica la determinación gubernamental de adoptar y consolidar las intenciones de la judicatura senior de «cambiar la cultura y el ethos vigente en la jurisdicción civil».¹⁶ El requerimiento se aparta de una posición histórica bajo la cual los jueces ingleses habían dejado que las partes prepararan por sí mismas y a su propio ritmo el juicio contencioso, interviniendo en materias de «auto» sólo a petición de las mismas. Así, el tribunal no es ya aquel telón de fondo del período pre-judicial, imponente e inmóvil, sino el actor que aguarda su representación central en el juicio y la decisión.

Las reglas explicitan en términos generales lo que implica la «gestión activa de los casos». Ésta emerge como un proceso dual que exige al tribunal hacer todo lo posible para facilitar el acuerdo y, cuando éste no sea posible, a despejar la vía de la sentencia judicial. El primero de estos imperativos contrastados se expresa como un triple mandato a los jueces. En primer lugar, se trata de «animar a las partes a cooperar entre sí en la dirección del proceso» (1.4 (2) (a)). En segundo lugar, la gestión activa de los casos incluye «animar a las partes a utilizar un procedimiento alternativo de resolución de conflictos si el tribunal lo considera adecuado y les facilita tal procedimiento» (1.4 (2) (e)). Por último, la gestión de los casos implica asimismo «ayudar a las partes a ponerse de acuerdo sobre todo o parte del asunto» (1.4 (2) (f)).

Aunque este requerimiento preliminar a «cooperar» pueda parecer de un elemental sentido común, sus implicaciones no están del todo claras. Como mínimo, exigen al juez evitar aquellas analogías bélicas, dilatorias y de emboscada que, históricamente, han sido medios habituales de consumir al adversario a través del aplazamiento de un juicio. Pero quizás el mandato vaya mucho más alla y haga al juez responsable de que las partes tengan claro el carácter negocial de la litigación, entendida como un proceso de intercambio de información y aprendizaje orientado a la elaboración conjunta de una decisión. Sea como fuere, este mandato exige un cambio drástico en la perspectiva tradicional de los abogados sobre la litigación, en tanto que proceso antagonista, contradictorio y hermético en el que el combate —«la lucha»— se representa simplemente como intercambio textual y verbal altamente ritualizado y externamente controlado.

La segunda parte del mandato, que otorga a los tribunales la responsabilidad genérica de favorecer el acuerdo —a través de la proposición de un método alternativo— mientras mantiene abierta la vía de la litigación, resulta igualmente destacable, puesto que revela la sorprendente velocidad con la que se asimilan y adoptan oficialmente como parte de la escena local inglesa un conjunto dispar de novedades foráneas. Veinte años atrás, hubiera sido prácticamente imposible encontrar la expresión *alternative*

16. El *Lord Chief of Justice*, al anunciar la Instrucción Práctica general de 24 de enero de 1995: (1995) 1WLR 262.

dispute resolution en el índice de las revistas más importantes de derecho norteamericano. En 1991, en el mismo Londres, el Comité Beldam para la Resolución Alternativa de Conflictos, establecido por el Consejo General del Colegio de Abogados, se mostraba «convencido de la posibilidad de que los tribunales acogieran los sistemas alternativos de resolución de conflictos...creemos que el ADR tiene mucho que ofrecer al proceso judicial».¹⁷

Al seguir los pasos del Comité Beldam y acoger «métodos alternativos de resolución de conflictos», las reglas de procedimiento civil sancionan el uso de un conjunto algo dispar de prácticas. Sin embargo, pueden dividirse esencialmente en dos tipos: (i) mecanismos prospectivos que permiten a las partes y a sus representantes legales examinar sus posiciones en relación con una decisión judicial predicha y (ii) intervenciones directamente orientadas a facilitar las negociaciones. El primer tipo comprende procedimientos técnicos como el «mini-juicio» o «tribunal ejecutivo» y la «evaluación neutral anticipada».¹⁸

El segundo incluye la mediación en sus múltiples manifestaciones. Con todo, no se trata de categorías discretas, ya que en el primer grupo hay híbridos en los que los mecanismos prospectivos están directamente conectados con intervenciones facilitadoras. En cualquier caso, el punto esencial es que la introducción de este abanico de mecanismos en las normas de procedimiento civil permite una considerable extensión tanto del ámbito de supervisión como del repertorio técnico de los tribunales civiles.

La última parte del mandato —«ayudar a las partes a lograr un acuerdo»— implica, potencialmente, el más fundamental de los cambios. Más allá de la simplicidad y el aparente sentido común de este último requerimiento, se aprecia un cambio cualitativamente distinto de todo aquello que las nuevas reglas incorporan. Al dar un paso más en la gestión de la litigación —en el sentido tanto de asegurar que las oportunidades de lograr un acuerdo se aprovechen cuando sea apropiado como de urgir a las partes a juicio cuando no lo sea— se propone un compromiso activo del juez en el mismo proceso del acuerdo. En suma, la normas animan al juez a convertirse en mediador. Si bien en Estados Unidos el papel activo del juez en los acuerdos tiene ya una larga historia, en estas jurisdicciones nos hallamos en un territorio bastante más inexplorado.¹⁹

Al observar este programa en su conjunto, es importante señalar un aspecto obvio en relación con la elección estratégica adoptada por el Gobierno. La forma «dual» con la que los abogados moldearon la litigación civil durante años recibe ahora pleno respaldo.

17. Informe del Committee on Alternative Dispute Resolution, *General Council of the Bar*, octubre de 1991: 1.

18. «Mini-trial» y «Early Neutral Evaluation» (ENE). Véase M. PALMER y S. ROBERTS, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making*, London: Butterworths, 1998: 226 y ss.

19. M. GALANTER, «The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases», *Judicature*, vol. 69, 1986: 257; M. GALANTER y M. CAHILL, «Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements» *Stanford Law Review*, vol. 46, 1994: 1339.

La litigación sigue siendo el vehículo oficial de las negociaciones entre los abogados. Sin embargo, se abre una vía alternativa. El gobierno «podría» haber diseñado un marco procedural con el objetivo de primar el acuerdo y la litigación por separado, pero ni en el extenso Informe Woolf ni en la posterior presentación del régimen de procedimiento se articula o se explora siquiera tal posibilidad. ¿Se consideró siquiera algún modo alternativo de proceder por parte de los arquitectos de este «nuevo» régimen?

UN MOVIMIENTO DE RECUPERACIÓN: LA DEMANDA DE MEDIACIÓN COMO PARTE DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

El que los abogados se confinaran a sí mismos en el ámbito de la representación y la asesoría a una parte constituye ya una característica definitiva de la práctica jurídica del siglo xx en Inglaterra. Rara vez se sintieron cómodos los abogados ofreciendo asesoría o consultoría conjunta a las partes en conflicto. Las reglas colegiales, por lo demás, solían prohibir o imponer restricciones severas a este tipo de intervenciones. Hasta la década de los ochenta, los abogados se mostraban cautelosos ante la idea de ofrecer sus servicios como mediadores.

Aunque la emergencia de nuevos profesionales de la resolución de conflictos no constituía aún una amenaza real, la creciente ansiedad de la abogacía a lo largo de los noventa la llevó a reexaminar sus propias prácticas. Así, el Colegio y la *Law Society* crearon comisiones para la elaboración de informes sobre resolución alternativa de conflictos.²⁰ Al mismo tiempo, como he apuntado anteriormente, la disposición creciente de los tribunales, por más que a regañadientes, a jugar el papel de gestor activo en relación a los acuerdos alcanzados en las fases finales del proceso también favorecía aquella revisión.

Bajo el impulso de estos estímulos, los abogados han remodelado energicamente algunas áreas de la práctica jurídica, adhiriendo la etiqueta de «resolución alternativa de conflictos» a sus innovaciones. Un aspecto de tales iniciativas se refiere al desarrollo de procedimientos técnicos específicos para asistir a las negociaciones entre abogados, con el pretendido objetivo de acelerar el acuerdo. Entre dichos procedimientos destacan el «mini juicio» (denominado otras veces «vista modificada de acuerdo» o «tribunal ejecutivo») y la «evaluación neutral anticipada». En buena parte, se trata de adaptaciones para el uso local de modelos americanos ampliamente extendidos. En la versión inglesa, estos métodos prospectivos se usan como mecanismos de gestión de clientes, es decir, como medios para atemperar y compartir responsabilidades con clientes corporativos

20. Véase *Alternative Dispute Resolution. A Report Prepared by Henry Brown for the Courts and Legal Services Committee*, Law Society, Legal Practice Directorate, julio de 1991; *Report of the Committee on Alternative Dispute Resolution*, General Council of the Bar, octubre de 1991.

escépticos. Resulta difícil evitar la conclusión de que su uso revela una desconfianza considerable en las prácticas jurídicas tradicionales, así como implica necesariamente una pérdida de control no deseada por parte del abogado. Ya he expuesto en otra parte que estos mecanismos actúan de forma más inmediata como medios disuasorios para los propios equipos legales cuando, en las fases iniciales del conflicto, se han creado o se han alimentado recurrentemente de expectativas poco realistas.²¹ Son, en efecto, técnicas de gestión de la crisis que devienen inevitables en una cultura en la que el hábito del acuerdo tardío –ventajoso sólo para la profesión– deja al cliente sin información ni asistencia suficiente en las fases iniciales del conflicto.

Junto con el recurso a este tipo de mecanismos prospectivos, los abogados también han intentado presentarse como consejeros y consultores neutrales. El papel del «consejero neutral» en el «mini juicio», representado normalmente por un abogado, es un ejemplo de ello. Mientras en Estados Unidos los abogados conjugan desde hace tiempo la actuación neutral con la intervención partidista tradicional, en otros ámbitos del *common law* esta pretensión de neutralidad supone una desviación considerable de la práctica establecida e indica, de nuevo, una reacción a la amenaza externa de otros grupos profesionales.

La predisposición creciente de los abogados a ofrecer una intervención neutral a clientes potenciales puede observarse en todo el *common law* a través de su empeño en actuar como mediadores. La idea del abogado como mediador parece haber ganado una amplia y temprana aceptación en Norteamérica,²² pero en otros ámbitos aún se considera extraña, tanto en relación con las percepciones públicas acerca de lo que los abogados «son» como con la imagen que ellos mismos han intentado proyectar. Sin embargo, y frente a la institucionalización progresiva de la «mediación» como actividad especializada fuera de la profesión jurídica, los abogados han terminado por reafirmar su aspiración no sólo a actuar como mediadores, sino también a considerar a la mediación como «ámbito de la práctica jurídica».

En Inglaterra, la primera afirmación general en este sentido –los abogados pueden actuar como mediadores– se hizo en 1991, en el Informe del Comité de Resolución Alternativa de Conflictos del Colegio de Abogados.²³ En esta misma sede se propuso un esquema de mediación vinculada a los tribunales para un amplio espectro de casos civiles. La propuesta consistía en ofrecer una «mediación facilitadora» a las partes litigantes en la fase inicial del proceso judicial, así como en sugerir un programa piloto en el que el abogado, a juicio del Comité, sería la figura más indicada para cumplir adecuadamente con el papel de mediador. Así, a tenor del Informe, «sería preferible elegir como

21. S. ROBERTS, «Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship», *The Modern Law Review*, 1993: 452-470.

22. Véase, por ejemplo, S. PURNELL, «Attorney as Mediator», *UCLA Law Review*, vol. 32, 1985: 986.

23. Véase nota 25 *supra*.

mediadores a aquellos cuya experiencia en litigación sólo precisa de una formación suplementaria en mediación *en la medida de lo necesario*» [la cursiva es mía]. El Informe concluye: «Sugerimos que los mediadores sean elegidos entre abogados con una experiencia profesional mínima de siete años» (p. 11). La reivindicación de la mediación como «ámbito de la práctica jurídica» que se halla «secuestrado por otras disciplinas» se haría estridente en la esfera matrimonial.²⁴

A mediados de los noventa, un contingente notable de abogados se desplaza hacia el terreno de la mediación, especialmente en las áreas del derecho mercantil y de familia. En éste último ámbito cabe destacar la aprobación de una nueva ley de familia en 1996 que promueve el papel central del mediador en los procesos de divorcio, al mismo tiempo que dota a la mediación de fondos considerables. Los abogados de familia, temiendo la irrupción a escala nacional de una red de agencias sin ánimo de lucro, se ven impulsados a actuar como mediadores para no perder cuota de mercado. En Londres, y siguiendo las recomendaciones del Informe Beldam, los abogados estrenan en el Tribunal Local Central un programa piloto de mediación en las fases iniciales del proceso. Paralelamente, y estimuladas por la inclinación gradual del Tribunal Comercial hacia los procedimientos de acuerdo, las empresas comerciales más destacadas de la City proclaman en sus folletos publicitarios su predisposición a utilizar mecanismos de ADR. La entrada en vigor de las ya citadas normas de procedimiento civil acaba por esbozar un panorama abierto a la cultura del acuerdo que se consolidará a finales de la década con el propósito de la *Law Society* de reclamar la mediación como esfera de la práctica jurídica y dotar a los abogados que actúan como mediadores de un marco regulador.

LA TRAYECTORIA DE LAS INSTITUCIONES DE PROCESAMIENTO DEL CONFLICTO

Estos amplios desarrollos –el crecimiento embrionario de nuevos cuadros profesionales de la resolución de conflictos en competencia indirecta con los abogados, la pujanza de nuevos procedimientos en el umbral de los tribunales y el ajuste consecuente de las profesiones jurídicas– configuran el núcleo del entramado de instituciones y prácticas que en Inglaterra se identifican con la etiqueta de «Resolución Alternativa de Conflictos». Mientras una vertiente del ADR puede contemplarse como el desarrollo precario de un grupo profesional autónomo que ofrece asistencia a las partes en la negociación –una «tercera vía» entre la litigación y la representación jurídica en un proceso negociador– el ADR tiene que ver, cada vez más, con lo que los abogados

24. P. RABY, «*Mediation v. Solicitors? The Reason for Concern*», *Family Law*, vol. 23, 1993: 10.

hacen como parte de su actividad jurídica, tal y como se recoge en los textos de práctica profesional.²⁵ Al mismo tiempo, la nueva inclinación de los tribunales hacia los acuerdos añade una presión sin precedentes a los abogados y profesionales de la resolución de conflictos.

En la actualidad, los pasos tentativos hacia la institucionalización de la mediación como práctica autónoma, a través de la emergencia de un nuevo grupo profesional, topán con la pretensión desafiante de abogados que querrán convertirse en mediadores y consolidar la mediación como parte establecida de la práctica jurídica. Más allá de la potencial inundación de «nuevos profesionales», el éxito de los abogados tendría dos consecuencias generales. La primera se refiere a la propia naturaleza de la intervención mediadora. Si la mediación ha de desarrollarse en el contexto de la práctica jurídica establecida, resulta difícil verla como intervención facilitadora limitada, esto es, centrada en favorecer la comunicación entre las partes. En este sentido, es más probable que se desarrolle como intervención «evaluadora» –los abogados ya usan este término– difícilmente deslindable de los procesos de asesoría y consulta tradicionales. La segunda consecuencia tiene que ver con la cuestión general de garantía de la calidad, ya que la cristalización de estándares prácticos distintivos y de instituciones que garanticen la calidad del servicio dependerá de la supervivencia del «mediador» como profesional autónomo.

La emergencia de nuevos profesionales de la resolución de conflictos, además, se ve amenazada desde otro flanco. En Inglaterra, como ocurre en otros ámbitos, los mediadores se ven atraídos hacia el sistema público de justicia a través de la tendencia progresiva de éste a patrocinar el acuerdo. En el contexto de los conflictos familiares, los mediadores dependen cada vez más de derivaciones judiciales en las fases iniciales del proceso, fenómeno que adquiere un carácter generalizado a medida que los tribunales aplican el régimen de procedimiento de las nuevas normas. Esta «sociedad» forzosa plantea un serio dilema. La aproximación al gobierno y a los tribunales –en tanto que mecanismo auxiliar de la justicia pública– implica el canje de una independencia precaria por la seguridad económica. Las consecuencias de tal movimiento, en términos de cooptación y regulación, parecen cumplir las predicciones iniciales de los críticos de la «justicia informal».²⁶

Desde el punto de vista de los abogados, los fenómenos contemporáneos representan una doble amenaza a su indiscutido control de los procesos de conflicto. Por un lado, la llegada de otros profesionales de la resolución de conflictos supone, como mínimo, una amenaza potencial para áreas de negocio cruciales. Por otro, el fortalecimiento de nuevos métodos en el umbral judicial y la orientación general hacia el acuer-

25. La llegada del ADR como parte del repertorio jurídico de los abogados ingleses se confirma con la publicación sucesiva de los textos sobre esta materia en Sweet & Maxwell: A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, 1992; H. BROWN & A. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, 1993.

26. Véanse los documentos citados en la nota 7.

do amenazan el control del abogado sobre el cliente y el proceso en momentos clave, forzando así una reconsideración de los hábitos establecidos en relación con las negociaciones de última hora.

El enfoque contemporáneo de la cultura del acuerdo tardío sitúa en el centro de atención un área de la práctica jurídica muy importante, aunque escasamente explorada hasta la fecha. Mientras las nuevas normas de procedimiento civil suponen el reconocimiento y el respaldo de una cultura que persigue el «acuerdo» a través de la litigación, el Informe Woolf –que sentó las bases de la nueva normativa– exponía crudamente los abusos extendidos a los que tal cultura había dado lugar.²⁷ El hasta entonces uso subterráneo del proceso civil para obtener el acuerdo ve ahora la luz y se convierte en objeto de supervisión judicial. En la medida en que los antiguos procesos arcanos se hacen visibles al cliente y al juez, no deberían subestimarse los costes psicológicos que para los abogados conlleva dicha transformación. Ello requerirá teorizar tales procesos con mucha más precisión que en el pasado. En Inglaterra, la literatura sobre negociación entre abogados es extremadamente exigua y tiende a concentrarse, como en la versión norteamericana más sofisticada, en cuestiones de tipo «estratégico».²⁸

A modo de pronóstico, sólo cabe aventurar las formas que el conflicto institucionalizado puede adquirir bajo este nuevo marco regulador. Mucho va a depender de cómo los jueces respondan al amplio abanico de oportunidades para la intervención que las normas permiten. La respuesta evolutiva de los abogados a la nueva situación es igualmente imponderable, aunque resulta difícil imaginar que vayan a dar la bienvenida a una mayor supervisión de las negociaciones. En este sentido, la pérdida potencial de control del proceso, obvia para el cliente en un determinado momento, ha de suponer un fuerte incentivo para explorar exhaustivamente un acuerdo en las fases iniciales del proceso y, en consecuencia, una plausible demanda de aceleración del mismo. Así, paradójicamente, las nuevas disposiciones pueden fortalecer el desarrollo de una fase de pre-litigación discreta, no supervisada, en la que tienen lugar las negociaciones serias. Las normas, con su respaldo explícito de los mecanismos de ADR, pronosticaban a primera vista un papel expansivo para los profesionales de la resolución de conflictos. Pero estos nuevos profesionales, precariamente establecidos, se enfrentan a dificultades inesperadas cuanto más estrecha es su relación con la justicia pública y más directa su competencia con los abogados. Tras la indiferencia inicial, éstos muestran una mayor disposición a asumir pape-

27. Véanse especialmente las secciones I.3 y I.4 del *Interim Report*.

28. Incluso la producción más sofisticada en este género empobrecido presta una atención marginal a cuestiones más generales sobre la naturaleza y la forma procedural de las negociaciones: véase R. FISCHER y W. URY, *Getting to Yes, Negotiating Agreement without Giving in*, Boston, MA: Houghton Mifflin, 1981 (2^a ed. con B. Patton, New York: Penguin Books, 1991); S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDERS y N. H. ROGERS, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and other Processes*, Boston: Little Brown and Company, 1992; J. S. MURRAY, A. S. RAU y E. F. SHERMAN, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, Foundation Press, 1989 (2^a ed. 1996); el *Negotiation Journal*, *passim*.

les de asistencia no alineada, así como a cooptar la mediación como esfera de la práctica jurídica. En suma, los tres empresarios del conflicto institucionalizado –el gobierno en el diseño de los tribunales, los abogados y los nuevos profesionales– tienen aseguradas identidades inciertas.

ALGUNAS REFLEXIONES PARA CONCLUIR

Desde el punto de vista del observador, las transformaciones indicadas suponen una tarea de reorientación formidable. Con el redescubrimiento de la mediación institucionalizada se abre, en primer lugar, un dominio claramente visible en el mapa de los procesos de resolución de conflictos. El terreno, pues, precisa ser cuidadosamente delimitado y explorado. ¿En qué tipo de intervención consiste la mediación? ¿En qué se distingue en cuanto a alcance y expectativas de otros roles profesionales ya establecidos? ¿Qué relación va a establecerse entre este terreno incierto, ocupado por los «nuevos profesionales», y las áreas adyacentes de representación y adjudicación jurídicas? En segundo lugar, la pretensión de representar papeles no alineados y de reclamar a la mediación como ámbito de la práctica jurídica replantea la misma identidad profesional del abogado. ¿Pueden aquellos en quienes depositábamos nuestra confianza en tanto que leales y temibles partisanos mantener esta nueva imagen dual?

Junto a estas reorientaciones, cabe preguntarse también de forma perentoria qué «es» un tribunal. El régimen de intervención prescrito en las nuevas normas de procedimiento civil respalda y consolida de forma clara una tendencia ya evidente hacia el respaldo del acuerdo por parte de los tribunales. Al dar un paso más y alentar a los jueces a actuar como mediadores, las normas indican también un cambio profundo en el «modo» de intervención históricamente practicado por la judicatura inglesa. Durante siglos, hemos pensado en los tribunales casi exclusivamente en términos de «enjuiciamiento», y la identificación con este papel también ha sido central en nuestro modo de entender la política. Si nos remontamos a Locke, la sociedad política se define en términos de «leyes establecidas y una judicatura a la que apelar, con autoridad para decidir acerca de controversias entre aquellas». ²⁹ Posteriormente, al sentar las bases de la moderna teoría jurídica, Austin erigirá la centralidad del imperativo [command]. A partir de aquí, los intentos de teorizar la adjudicación han dominado la jurisprudencia angloamericana.³⁰ Sin duda, este poso cultural condiciona el modo en que seguimos reflexionando sobre los procedimientos civiles.

29. J. LOCKE, *Two Treatises on Civil Government* (1690), cap. VII, sec. 87 (versión electrónica disponible en <http://history.hanover.edu/early/locke/j-l2-001.htm>).

30. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, (Wilfrid E. Rumble ed.) Cambridge: Cambridge University Press, 1995 [1832].

A pesar de estas presiones, ya no podemos definir a los tribunales como instancias de adjudicación de un tercero, y menos aún ahora que se les asigna, y han de asumir, un papel protagonista como facilitadores del acuerdo negociado. Esta función sitúa en el centro de atención el intercambio bilateral y sus formas híbridas. Si queremos reflexionar seriamente sobre la naturaleza de los tribunales, debemos teorizar primero el tipo de negociaciones que pretenden auxiliar. Esto nos adentra a su vez en la densa selva de intervenciones destinadas a asistir a las negociaciones, mediación incluida. Todo esto resulta bastante obvio. No obstante, merece destacarse, dado el profundo apego que las facultades de derecho profesan al análisis de las sentencias de los tribunales superiores de justicia. En este contexto, resulta indicativo que el *a priori* desafiante libro de Paul Kahn, *The Cultural Study of Law*, siga considerando la adjudicación de los tribunales superiores como foco primario de estudio en las facultades de derecho en su «nueva disciplina del derecho».³¹

A nivel general, la sorprendente expansión del ámbito de los tribunales, consolidada en las nuevas normas de procedimiento civil, nos hace reflexionar acerca de la naturaleza y ambición del gobierno. En este sentido, cabe recordar la influencia abrumadora de las ideologías de «orden» y «legalismo» propias de nuestro entorno occidental desde tiempos clásicos. Aunque hoy se hallan estrechamente asociadas a los Estados seculares, estas ideologías recibieron un fuerte apoyo bajo la tradición judeocristiana. Durante siglos, hemos pensado el orden en términos de jerarquía de mando (Dios, el Rey, el Estado soberano). Esta visión de la sociedad, reflejada en la teoría política moderna al menos desde tiempos de Hobbes, presenta el orden como el hábil logro de los que detentan el poder, y la vida social como algo problemático a falta de hombres con autoridad fuerte –preparados para decir a otros lo que deben hacer e imponérselo. De acuerdo con esta visión, el proceso institucionalizado de decisión en el contexto del conflicto adquiere forma de adjudicación de un tercero («enjuiciamiento»), alcanzada a partir de un conocimiento imperativo y especializado: el de las «reglas» formuladas –a menudo codificadas– discursivamente.

La fuerza de esta impronta cultural e ideológica se refleja en el modo en que se ha interpretado la transformación de las instituciones del conflicto y la decisión y, asimismo, revela hasta qué punto tendemos a ver la mano del Estado detrás de cualquier forma institucional emergente y –lo que es más irónico, dada la fuente de tales interpretaciones– cuan fácil resulta idealizar románticamente las virtudes de la adjudicación formal. Considérese el modo en que Richard Abel esbozaba las líneas generales de su crítica a lo que denominaba el movimiento de «justicia informal» de finales de

31. P. W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago: University of Chicago Press, 1999. Otro ejemplo contemporáneo notable es el libro de Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986; versión en castellano: *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1992.

los años setenta.³² Las esferas «pública» y «privada», caracterizadas ambas por procesos y rationalidades distintivas, son el resultado de un largo proceso de diferenciación del Estado. Las instituciones más fuertes, pues, evolucionan como instituciones formales en la esfera pública. Entre ellas están los tribunales. Con la consolidación de la intervención del Estado en la gestión de los conflictos se desarrolla la concepción de la «justicia pública», presentada como emisión de decisiones de autoridad por parte de un tercero. Ahora, en cambio, el proceso muestra signos de reversión que se manifiestan en un respaldo creciente al «acuerdo» por parte del Estado, rompiendo así la aparentemente clara distinción entre lo «público» y lo «privado». Abel presenta este cambio como una expansión del poder del Estado, bajo cuyo poder se pasa de la coerción abierta a la manipulación encubierta, del «imperativo» al «incentivo». Desde una perspectiva aún más amplia, Boaventura de Sousa Santos afirma que actualmente el Estado «se expande en forma de sociedad civil»³³ y sostiene que este proceso se produce a través de una «dislocación de poder desde las instituciones formales a la redes informales» (de Sousa Santos, 1980: 391). El análisis de Sousa Santos, de inequívoca resonancia foucaltiana (y sostenido, en última instancia, por Marx y Althusser) termina con la predicción según la cual Estado y no-Estado «van a parecerse cada vez más y no es absurdo pronosticar el desarrollo de un Estado cara a cara» (*id.* 391).³⁴

Un potencial equivalente para estrategias opuestas de resistencia se enfatiza en la discusión contemporánea que Habermas sostiene en la *Teoría de la acción comunicativa* (1981), donde apunta la potencialidad del cambio tendente a garantizar los procedimientos de comunicación y toma de decisión del «mundo de la vida» frente a los del «sistema»:

32. R. ABEL, «Delegalization: A Critical Review of its Ideology, Manifestations and Social Consequences». Ponencia presentada en la *Second National Conference on Critical Legal Studies*, Madison (Wisconsin), 1978 [véase una edición revisada en *The Politics of Informal Injustice*, New York: Academic Press, 1982].

33. B. DE SOUSA SANTOS, «Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism», *International Journal of the Sociology of Law*, vol 8, 1980: 391 [véase también la edición revisada y publicada posteriormente como *The Politics of Informal Justice*].

34. Confróntese esta perspectiva con el análisis de la misma transformación desde el paradigma de la teoría de neo-sistémica. Por ejemplo, la discusión de Gunther Teubner acerca de ello en el artículo «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», iniciada a partir de la asunción luhmanniana de una «sociedad funcionalmente diferenciada» parece dejar de lado al «Gobierno». Desarrollando la concepción del «derecho reflexivo», Teubner predice un nuevo estadio evolutivo en el que el derecho deviene «un sistema para la coordinación de la acción dentro y entre otros subsistemas sociales semiautónomos». Junto a la función integrativa de «promover procesos reflexivos en otros subsistemas sociales» que aspira al «control de procesos autorreguladores» (G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Society Review*, vol. 17, 1983: 281) Teubner pronostica que este «derecho reflexivo, ahora un elemento más en una mezcla complicada de orientaciones jurídicas, puede emergir como la forma dominante del derecho posmoderno» (*id.*: 246). Aunque la historia se cuenta en términos de sistemas de comunicación que se autogeneran, la visión de una transformación emergente es sorprendentemente cercana a los pronósticos de Abel y de Sousa Santos.

El uso del derecho como medio debe sustituirse por procedimientos de regulación de los conflictos, que se ajusten a las estructuras de la acción orientada al entendimiento –por procesos de formación discursiva de la voluntad individual y colectiva y por procedimientos de negociación y decisión orientados hacia el consenso [...]. La disputa actual [...] puede entenderse desde el punto de vista de la teoría de la sociedad como una batalla en pro o en contra de la colonización del mundo de la vida.³⁵

Laura Nader aborda el mismo tema en el contexto colonial de su monografía sobre los zapotec, *Harmony Ideology* (1990).³⁶ Nader subraya el potencial de los tribunales locales como sedes de estrategias tanto «hegemónicas» como «contra-hegemónicas». Posteriormente, al reflexionar sobre el movimiento de ADR de final de siglo, Nader recuerda que:

Daba la impresión de que el ADR era un esquema de pacificación, un intento por parte de poderosos intereses en el derecho y la economía de detraer la litigación de las masas, disfrazado con la retórica de una explosión de litigación imaginaria.³⁷

Aunque estas teorías omnicomprensivas puedan resultar hasta cierto punto persuasivas, sólo pueden explicar parcialmente los pasos contemporáneos hacia la institucionalización del «acuerdo» en el mundo del *common law*. En primer lugar, porque tienden a exagerar el alcance de la evolución de una esfera «pública» discreta, caracterizada tanto por una racionalidad distintiva como por modelar una esfera «privada» subordinada.³⁸ En este sentido, cabe recordar que en Inglaterra la relación entre el Gobierno y los tribunales ha sido particularmente ambigua. En Inglaterra no existe ni ha existido nunca una judicatura de carrera. Durante los últimos años, los escalafones

35. J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, (vol. II, *Crítica de la razón funcionalista*), Madrid: Taurus, 1999: 524-525 [versión inglesa: *The Theory of Communicative Action*, Cambridge: Polity Press, 1987: 371].

36. L. NADER, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford: Stanford University Press, 1990 [versión castellana: *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, México: CIESAS-IOC, 1998]. El otro objetivo de Nader aquí eran los denominados «foros influidos por la psicoterapia» (*id.*). En este sentido, los primeros experimentos desarrollados en California fueron modelados a partir de los procedimientos de resolución de conflictos de los Kpelle del África Occidental estudiados por James L. GIBBS, (J. L. GIBBS, «The Kpelle Moot. A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes, *Africa*, vol. 333, nº 1, 1963: 1-11).

37. L. NADER, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley: University of California Press, 2002: 144.

38. Este punto puede quizás resaltarse particularmente en la oposición habermasiana entre «sistema» y «mundo de la vida».

más altos de la jerarquía judicial han estado exclusivamente reservados a profesionales de la abogacía, para quienes el nombramiento representa la culminación de una brillante carrera de abogado. Aunque el tránsito de abogado a juez se marque con un ritual elaborado —que incluye la concesión del rango de caballero cuando se trata de los más altos cargos judiciales— y una cierta distancia formal se mantenga posteriormente entre el juez y sus antiguos colegas, desde el punto de vista sociológico los jueces siguen, en buena medida, formando parte del grupo profesional del que provienen. Para sus colegas de toga pasarán a ser «los del estrado» y preservarán la mayoría de redes de información, intercambio y asistencia mutua. Redes seculares que trascienden generaciones, ya que se inician en las antiguas escuelas «públicas» de derecho y siguen en las universidades tradicionales y en los clubes londinenses (de los cuales los *Inns of Court*³⁹ son, en muchos sentidos, una variante).⁴⁰ Por lo tanto, quizás pueda afirmarse con propiedad que los tribunales son el vértice de la profesión jurídica como rama especializada del Estado.

Necesitamos ser no menos cautos al refrendar la idea general según la cual en el ámbito occidental el Estado se halla en proceso de cambio profundo. No hay nada particularmente nuevo en el hecho de que los que detienen el poder central aspiren a la supervisión administrativa de los procesos locales. En general, el Estado «siempre» ha estado dispuesto a operar de una forma dual —a través de una orden central y por inducción, al cooptar lo local y someterlo a regulación. Éste fue, por ejemplo, el modelo de gobierno adoptado en Inglaterra tras la conquista del siglo XI. También fue el procedimiento seguido durante el período de expansión colonial de los siglos XIX y XX al domesticar y someter a las instituciones locales mediante la política del dominio indirecto.⁴¹ De igual forma, estos rasgos esenciales perviven en los múltiples planes reguladores subyacentes a los esquemas de «privatización» de finales del XX.

Para concluir, debemos reconocer el lado profundamente conservador de la crítica a la «justicia informal». Irónicamente —por originarse en el seno del *Critical Legal Studies*— la crítica parece celebrar la recuperación de una adjudicación judicial «tradicio-

39. Los *Inns of Court* son instituciones que datan del siglo XII. Según el *Topographical Dictionary of England, Inns of Court and Courts of Judicature* (Samuel LEWIS, S. Lewis and Company, London, 1831, vol. 3: 141-2) los *Inns* eran «originariamente como colegios en una universidad, aunque limitados al estudio del derecho. Pese a que su origen no pueda establecerse con exactitud, se presume que deben su aparición al establecimiento de los tribunales de justicia de Westminster; en tiempos de Enrique III, los tribunales empezaron a agrupar a su alrededor a todos los abogados que ejercían en su jurisdicción, quienes empezaron a organizarse en forma de sociedad colegiada. Actualmente, los cuatro *Inns of Court* ingleses ostentan el derecho exclusivo de colegiar a todos los abogados ejercientes, quienes podrán, tras un período de aprendizaje, ejercer como profesionales liberales, presentarse a concursos públicos o trabajar en el sector privado.» [N. del t.].

40. El origen social de la judicatura inglesa se explora en la ya clásica monografía de John A. G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary* (London: Fontana, 5^a Edición, 1997 [1977]).

41. Véase J. BLACK «Constitutionalising Self-Regulation», *The Modern Law Review*, vol. 59, 1996: 24.

nalmente» superior. Por un lado, cabría estar satisfecho con ello, dada la incomodidad que deben sentir muchos con las formas híbridas que adoptan los tribunales del *common law*. Sin embargo, y por otro lado, debiéramos ser capaces de imaginar una «justicia» que no descartara el «acuerdo».