

GENN, HAZEL (2010): *JUDGING CIVIL JUSTICE* (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS) 211 PP.

El presente año 2012 ha sido extremadamente relevante para la justicia civil en nuestro país, ya que, como es de público conocimiento, el Ejecutivo presentó en el primer semestre el proyecto destinado a su reforma. Dicho proyecto, que recién comienza su travesía legislativa y respecto del cual pasarán muchos años antes de que se haga realidad, ya ha sido objeto de críticas, primordialmente desde otras áreas del derecho y por parte de algunos abogados litigantes.

En este contexto, cuando un país considera de forma seria la posibilidad de reformar aquella área del sistema judicial que concentra el mayor número de solicitudes y la mayor variedad de conflictos jurídicos, se hace necesario conocer y entender las experiencias de otros países que han realizado procesos de reformas a sus sistemas judiciales. El presente libro analiza aspectos centrales de la justicia inglesa y de las consecuencias del informe elaborado por Lord Woolf, hace más de 17 años, el cual fundamentó una serie de medidas en materia de política judicial para descongestionar a los tribunales y simplificar la justicia civil, reduciendo sus costos. Su título lo dice todo "Juzgando a la justicia civil" y en su país, el año 2009, cuando se publicó su primera versión, causó revuelo en la comunidad legal y académica.

Antes de revisar en detalle la presente obra estimo pertinente detenerme brevemente en su autora, ya que su historial profesional es clave para la comprensión de su enfoque. Hazel Genn es actualmente la Decana de la Facultad de Derecho del *University College London* y es también profesora

en estudios sociolegales. En este contexto el enfoque de la profesora Genn escapa del derecho procesal dogmático, para focalizarse en una aproximación al funcionamiento concreto del sistema judicial, habiendo realizado diversos estudios empíricos respecto del funcionamiento de este y de los problemas que los ciudadanos enfrentan cuando se someten a la administración de justicia. Asimismo, una buena parte de su trabajo profesional ha estado concentrada en el entrenamiento de jueces y de hecho es miembro de la Comisión de designación de jueces (*Judicial Appointments Commission*), habiendo publicado en 2008 un informe en donde analiza qué tan atractivo resulta para aquellos abogados litigantes altamente calificados la carrera judicial¹. Su perfil académico conlleva que sus críticas se centren en el funcionamiento concreto del sistema judicial inglés y en particular en la política judicial, la cual ha justificado las diversas decisiones tendientes a reformar la justicia civil en aspectos asociados al acceso a la justicia y la diversificación procesal.

Yendo a la obra, es menester indicar que esta está dividida en 5 capítulos, incluyendo una introducción y una conclusión.

La introducción del libro titulada "What is civil justice for?" (¿Para qué sirve la justicia civil?), es central en la comprensión de la visión crítica que el libro

¹ GENN, Hazel (2008): *The attractiveness of senior judicial appointment to highly qualified practitioners* (Directorate of Judicial Offices for England and Wales) Disponible en <http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/docs/Hazel/The%20Attractiveness%20of%20Senior%20Judicial%20Appointment%20Research%20Report.pdf> [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2012].

presenta. En este capítulo la autora sienta las bases conceptuales que justifican su posición crítica respecto de las políticas que en materia judicial ha tomado Inglaterra. Este primer capítulo es, a juicio de quien comenta, de una gran claridad conceptual y por sí solo constituye uno de los grandes aportes del libro.

Al respecto, el capítulo se centra en explicar con precisión el alto valor que en una sociedad contemporánea debe darse al sistema de justicia civil. En este sentido, la profesora Genn sostiene una visión de la justicia civil que escapa de un concepto “privatista”, concibiéndola como un “bien público” (p.16 y ss)², el cual entrega estabilidad social mediante el otorgamiento de un sistema de resolución de conflictos pacífico que a su vez permite el buen funcionamiento social y el intercambio económico mediante la existencia de reglas claras para el libre comercio de los bienes. Asimismo, la justicia civil no solo permite resolver problemas entre los ciudadanos, sino que permite que ellos puedan sujetar y controlar la conducta del Estado, mediante el ejercicio de sus derechos ante los tribunales.

En este contexto, resulta clave para el rol público de la justicia civil comprender la relevancia del precedente en el sistema inglés, ya que permite que mediante unos pocos fallos el sistema pueda fijar una jurisprudencia que establece reglas del juego

claras para todos los actores relevantes³. Asimismo, resulta fundamental el mismo precedente para que el sistema judicial cumpla su rol de facilitador de cambio social, mediante la producción de otras tantas decisiones “claves”, que se adelantan a las leyes y políticas públicas.

Un segundo aspecto relevante que destaca la autora dice relación con la importancia que debe asignársele al *proceso*, en particular al propósito que tienen las reglas procedimentales⁴, en virtud de dos razones:

La primera es lo que ella identifica como la vinculación del proceso con la “justicia sustantiva”. Sostiene que una decisión justa supone la aplicación correcta de principios legales respecto de una determinada situación fáctica. Afirma que es el proceso, las reglas procedimentales, las que permiten determinar con un mayor grado de certeza los hechos a los que se aplicará el derecho, particularmente las reglas de evidencia. Sostiene entonces que el procedimiento incrementa las probabilidades de tomar decisiones judiciales acertadas⁵.

La segunda razón dice relación con el debido proceso (*procedural fairness*), el cual permite que las personas acepten un resul-

² Más adelante en su libro hace suya una definición de bien público acuñada por la Comisión de productividad del Gobierno australiano, que indica: “Bien público son aquellos cuyo consumo por un individuo no reduce el consumo de otros individuos y donde no es posible impedir el acceso a otros individuos (por ejemplo, la defensa nacional)”. GENN, Hazel (2010): *Judging Civil Justice* (Cambridge University Press) p. 48, cita 28 (la traducción es mía).

³ “It is arguable that for civil justice to perform its public role adjudication and public promulgation of decisions are critical. This is the public role of the judge. Adjudication provides the framework for settlements. That it is underpinned by coercive power provides the background threat that brings unwilling litigants to the negotiating table. While the reality is that most cases settle, a flow of adjudicated cases is necessary to provide guidance on the law and, most importantly, to create the credible threat of litigation if settlement is not achieved”. GENN (2010) p. 20.

⁴ It has been argued that legal procedure is a ritual of extreme social significance and that the characteristics of a civilized country are revealed not so much through the substantive law as in the practice of and procedure of the courts. GENN (2010) p. 13.

⁵ GENN (2010) p. 14.

tado adverso cuando se les han garantizado condiciones mínimas como la oportunidad de ser oído, de influenciar al juez y cuando son tratados con cortesía y respeto.

Al finalizar esta idea la autora adelanta el problema que intersecta todos los capítulos del libro, la difícil relación entre la eficiencia y la justicia sustantiva o como ella lo plantea “¿Cuánta justicia podemos pagar?”⁶.

La posición de Hazel Genn en lo que sigue del libro es la de que la política judicial en Inglaterra ha olvidado o más bien ha desestimado la idea de que el correcto funcionamiento de la justicia civil es algo socialmente relevante y ha permitido la degradación paulatina de esta, mediante las reformas legales y el discurso político detrás de ellas.

El segundo capítulo del libro se titula elocuentemente “Civil Justice: how much is enough?” (Justicia Civil: ¿Cuánta es suficiente?) y en él la autora explora, primero a nivel comparado en los sistemas de tradición anglosajón y posteriormente en Inglaterra, el paulatino decaimiento de la justicia civil.

Si bien la autora distingue la situación de Inglaterra respecto de los Estados Unidos, identifica un factor común en este decaimiento. Se trata de lo que ella denomina un discurso o retórica antiderecho (*anti-law*), en la cual se resalta a la justicia civil como un escenario en donde se encuentran demandantes oportunistas, guiados por abogados ambiciosos, que pueden actuar gracias a jueces activistas y jurados parciales, que de forma caprichosa entregan enormes sumas de dinero contra empresarios y

gobiernos que han actuado sin culpa alguna⁷. Asegura que esta forma de describir la justicia civil ha llevado a reformas legales reduccionistas.

Adicionalmente la autora manifiesta que este mismo discurso ha permitido que las autoridades presenten la justicia civil, en contraposición con la justicia penal, como un mero problema entre particulares, que realmente no se trata de derechos que están en disputa sino que menores “choques” de interés, problemas que pueden resolverse en mediación⁸. Discurso que claramente remueve la idea de *bien* público de la noción de justicia civil.

Resulta interesante la particular situación de Inglaterra y la visión de política judicial que se da en ese país respecto de la justicia civil. Para Genn si bien Inglaterra se ve afectada por esta retórica de la justicia civil como un problema entre “privados”, la situación inglesa destaca ya que el decaimiento de la justicia civil es, de alguna forma, una consecuencia intencional de la política judicial imperante.

Afirma que este decaimiento se debe primordialmente a que existe un único presupuesto monetario para el funcionamiento integral del sistema judicial y que ese presupuesto es consumido en mayor medida por los costos asociados al funcionamiento del sistema criminal, particularmente *legal Aid* (asistencia jurídica gratuita)⁹. En este sentido, indica que todas las decisiones destinadas a reducir el ámbito de acción de la justicia civil, de simplificar sus procedimientos, de aumentar la mediación, entre otras medidas, se deben primordialmente a liberar presupuesto para que pueda funcio-

⁶ “How much procedural justice do you need to achieve an appropriate degree of substantive justice?” GENN (2010) p. 15.

⁷ Citando a Marc Galanter. GENN (2010) p. 31.

⁸ GENN (2010) p. 32.

⁹ GENN (2010) p. 38.

nar el sistema penal. Es por ello entonces que el gobierno ha fomentado la visión antiderecho.

Un punto que vale la pena destacar en este capítulo dice relación con lo que podría denominarse el “anecdoticismo”, es decir, el producir políticas públicas en materia judicial sin tener datos e información general acerca del sistema, sino que basarlas en buena medida en anécdotas¹⁰. La autora menciona que el informe realizado por Lord Woolf, que dio origen a la actual política judicial, estaba primordialmente basado en información anecdótica y que se les daba particular peso a aquellas historias terribles y no a las experiencias ordinarias.

Esto puede tener impacto en los resultados de las reformas judiciales. En este caso resulta interesante la constatación de la autora respecto de las finalidades de reducir tiempos, costos y complejidad del sistema de justicia civil, las cuales no se han visto satisfechas hasta la fecha, indicando que cada día que pasa las reglas procedimentales se complejizan¹¹ y que el costo de la litigación se ha incrementado y adelantado, debido a la imposición de protocolos destinados a prevenir la litigación y a la satisfacción de las órdenes de los tribunales derivadas del *case Management*¹².

En lo que sí el sistema ha sido exitoso, afirma Genn, es en sacar casos del sistema judicial, idea que explora con detalle en el tercer capítulo referido a la mediación. Con todo, en el segundo capítulo termina con una reflexión interesante. En el contexto de un sistema judicial que siempre se ha caracterizado por una alta tasa de negociación, es igualmente necesario desarrollar

un mecanismo que permita discriminar qué casos seguirán el conducto hacia la labor adjudicativa del juez y cuáles no. Si se sacan casos del sistema judicial de forma indiscriminada, se pierden las cualidades de la labor adjudicativa, que permiten mediante pocos casos generar precedente que actualiza el derecho y define las reglas del juego. La idea más provocadora de Genn es que esta cualidad quedará reservada no para aquellos casos en que sea necesario permitir el desarrollo del *common law*, sino que para aquellos en donde se trata de partes que no negociaron por ser testarudas o tacañas¹³.

El tercer capítulo del libro está dedicado a la resolución alternativa de disputas: ADR and civil justice: what's justice got do with it? (RAC y justicia civil: ¿Qué tiene que ver la justicia en esto?).

El capítulo explica con detalle la política inglesa de fomento a la mediación, primero incrementando los poderes de los jueces para poder imponer costas a las partes que no han sido “razonables” al momento de rechazar la mediación¹⁴ (con independencia de que hayan o no obtenido la victoria posteriormente), para a ir más allá y condicionar la entrega de *legal aid* solo cuando la persona primero tratase de recurrir a la mediación¹⁵. Existió un intento por establecer mediación obligatoria, pero esta fracasó, sin embargo la política sí ha sido exitosa en avalar la retórica antiderecho, que deja muy en claro que al final se trata de disputas entre intereses contrapuestos, que no justifican la imposición de la autoridad judicial¹⁶.

¹⁰ GENN (2010) p. 64.

¹¹ GENN (2010) p. 56.

¹² GENN (2010) p. 57.

¹³ GENN (2010) p. 75.

¹⁴ GENN (2010) pp. 95-100.

¹⁵ Medida introducida por el Access to Justice Act de 1999. GENN (2010) p. 104.

¹⁶ GENN (2010) p. 96.

Genn cuestiona esta política de énfasis en el ADR en virtud de dos consideraciones. La primera dice relación con los números y la segunda se refiere al acceso a la justicia.

La autora cita datos que demuestran que en términos de duración de los procesos no existen diferencias relevantes entre un caso que fue objeto de mediación y uno que no¹⁷. Más importante, deja claramente establecido que cuando la mediación (casi obligatoria a estas alturas) falla si se produce un efectivo incremento en los costos que las partes deben pagar¹⁸. Es decir, y en esto el sentido común acompaña a los datos, la mediación siempre será más efectiva cuando las partes entran preparadas para ella, lo que ocurre cuando tienen la intención de negociar.

La idea más provocadora de la autora en este capítulo se refiere a la vinculación entre acceso a la justicia y la mediación, en el entendido de que la política judicial afirmarí que la mediación facilita el acceso a la justicia. La profesora Genn rebate con mucha intensidad esta aseveración y de hecho soporta la idea opuesta, que todo el objetivo de la mediación es a final de cuentas sacar los casos del sistema judicial y por tanto no facilita el acceso a la justicia¹⁹. Esto se debe a que la respuesta que provee la mediación no es realmente justicia, ya que este método supone que las partes en conflicto deben dejar de lado su visión de que están exigiendo derechos y focalizarse en resolver el problema. Sostiene que la mediación no está interesada en el resultado correcto, sino que

en solucionar el problema, sacrificando así lo que ella llamaba “justicia sustantiva”²⁰.

Vale la pena destacar que la autora afirma, aunque después de su discurso es difícil de creer, que no se opone *per se* a la mediación. Sí es interesante el argumento de que los Estados recurren a la mediación no en función de sus propias virtudes, sino que para evitar tener que arreglar aquellos sistemas judiciales defectuosos.

El cuarto capítulo del libro se titula *Judges and civil justice* (Jueces y la justicia civil) y concentra su atención en el rol del juez en el sistema judicial. Debe señalarse que si se compara este capítulo con los otros tres, es a mi juicio el menos sistemático y por tanto el más débil. La autora se hace cargo de este problema aludiendo a que particularmente en Inglaterra, a diferencia de otros países del *common law*, no ha existido un sector de la academia que haya estudiado con detención la labor judicial²¹.

El principal aporte de este capítulo es el siguiente. Hazel Genn afirma que para realmente comprender cómo funciona (y así poder reformar adecuadamente) un sistema de justicia civil es imperioso entender cual es la labor que realizan los jueces. Esta comprensión debe ir más allá de la lectura detalla de la jurisprudencia y de los criterios o estándares jurisprudenciales.

Sostiene la autora que es necesario entender en la práctica de qué forma los jueces hacen su trabajo. Se cuestiona la poca literatura e investigación disponible que se focaliza en entender la labor de los

¹⁷ Posteriormente morigeró su discurso respecto de casos que involucran incumplimiento contractual. GENN (2010) p. 112.

¹⁸ Incremento entre 1.500 a 2.000 libras esterlinas. GENN (2010) p. 113.

¹⁹ GENN (2010) p. 116.

²⁰ “The mediator does not make a judgement about the quality of the settlement. Success in mediation is a settlement that the parties can live with. The outcome of mediation is not about *just* settlement, it is *just about settlement*”. GENN (2010) p. 117.

²¹ GENN (2010) pp. 129-143.

jueces en la determinación de los hechos (*fact-finding*), particularmente critica el poco tiempo que se dedica en el entrenamiento judicial a comprender el proceso de valoración de la declaración de un testigo. Resalta la necesidad de identificar qué tipo de conductas judiciales son beneficiosas a la hora de dar la impresión de imparcialidad²². Lo mismo puede decirse de la diversa labor que realizan los jueces de primera instancia y los de las Corte Superiores.

En este caso Genn sostiene que una comprensión acabada de la conducta judicial (*judicial behaviour*) resulta fundamental para la legitimidad de las decisiones judiciales y del sistema judicial en su conjunto²³, así como para el adecuado entrenamiento y, por sobre todo, la elaboración de un adecuado proceso de selección de jueces, en donde pueda definirse con claridad las destrezas mínimas que todo juez deba tener²⁴. Es necesario saber cuando estamos frente a un “buen juez”.

El resto del capítulo se centra en ideas generales que constatan la relevancia de la labor judicial y el análisis primordialmente del trabajo de Richard Posner en su libro “How judges think”, en el cual este juez federal norteamericano discurre sobre las formas de razonamiento judicial.

El capítulo si termina de forma interesante cuando recoge el testimonio de diversos jueces ingleses que dan cuenta del cambio de rol que han tenido que asumir en virtud del *case Management* y de los recortes presupuestarios sufridos, muchas veces sacrificando justicia por una respuesta rápida. Resulta relevante la lucha interna de

algunos magistrados entre el rol de proveer justicia y de cuidar recursos.

El libro finaliza con una conclusión bastante escueta, la que se debe a que su rol es más que nada reiterar las conclusiones que en cada capítulo se han ido presentando. La queja final no deja de ser relevante, la necesidad de contar con investigación interdisciplinaria y datos para entender a cabalidad el funcionamiento del sistema de justicia civil²⁵.

Es deber finalizar esta recensión haciendo dos reflexiones.

La primera de ellas se refiere al aporte general de la publicación al presentar una crítica al proceso de reforma judicial que mezcla adecuadamente una perspectiva eminentemente empírica con una visión de la justicia civil que la enaltece al lugar que le corresponde en nuestros sistemas judiciales democráticos. El libro muestra con claridad que los datos y las experiencias son información que debe ser puesta a disposición de una postura, ya que como es sabido los datos siempre pueden ser leídos en un sentido u otro. Es decir, responder la pregunta hacia dónde queremos reformar la justicia civil supone o exige una visión del rol que esta debe tener. Reformar por reformar no tiene sentido.

La segunda reflexión alude a la mirada disonante que el libro plantea respecto de algunas de las ideas que en los procesos de reformas judiciales en América Latina y en Chile se han ido planteando. Considero que más allá de que uno pueda o no coincidir con los argumentos de la autora, es exitosa en su misión de sembrar la necesidad de volver a discutir y examinar ciertos mecanismos que las reformas judiciales ya

²² GENN (2010) pp. 132-133.

²³ GENN (2010) p. 140.

²⁴ GENN (2010) pp. 141-142.

²⁵ GENN (2010) p. 183.

vigentes y la futura reforma procesal civil pretenden incorporar.

A mayor abundamiento, las críticas de la autora a la puesta en marcha de reformas legislativas a los sistemas procesales sin contar con un conocimiento acabado de la realidad que se pretende reformar son ple-

namente aplicables a algunas iniciativas legislativas que se encuentran en desarrollo en nuestro país, entre ellas la reciente iniciativa del Poder Ejecutivo de reformar el proceso penal fundada en algunos casos mediáticamente complicados.

CLAUDIO FUENTES MAUREIRA*

* Profesor de Derecho Procesal y Litigación, Universidad Diego Portales. Coordinador Programa de Reformas Procesales y Litigación. Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales.