

SOBRE LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

Ignacio Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

Sobre la desjudicialización de la justicia civil

La necesidad de desjudicialización de la justicia civil se ha convertido en un mito, en un axioma. Se trata más bien de una política que debe ser abordada con ciertas cautelas o prevenciones. Debe precisarse con claridad cuál es el fin primordial de cada medida: descongestionar los tribunales; eficiencia de costes y tiempo; evitar la controversia. El exceso de litigiosidad se maneja como un tópico que conviene cuando menos poner en cuestión. Los MASC no deben incurrir en formalismos ni hiperregulación. Son preferibles las políticas basadas en incentivos voluntarios (nudges). Debe criticarse la administrativización de controversias civiles, que puede considerarse inconstitucional. Los mismos fines que se pretenden lograr con medidas de desjudicialización se pueden lograr también por otras vías.

PALABRAS CLAVE:

Desjudicialización; Justicia Civil; Litigiosidad; Costes de la Justicia.

On "dejudicialising" civil law disputes

The need to "dejudicialise" civil law disputes has become an ideal, a kind of accepted truth. On the contrary, it is a strategy that requires caution and forward planning. Each measure's main aim needs to be established: free up the courts; cost and time efficiency; avoid disputes. Excess litigation is viewed as a hot topic that should be put into question. ADR mechanisms should not be overly formalistic or regulated. Policies based on voluntary incentives (nudges) are preferable. Handling civil disputes in administrative courts, which can be deemed unconstitutional, should not be an option. There are other means of achieving the same goals as those that "dejudicialising" measures pursue.

KEY WORDS:

"Dejudicialisation", civil law disputes, litigation, cost of justice.

FECHA DE RECEPCIÓN: 16-11-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 26-11-2023

Díez-Picazo, Ignacio (2023). Sobre la desjudicialización de la justicia civil. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 9-20 (ISSN: 1578-956X).

1. Una excusatio non petita

Este es un artículo de opinión. No sé si es propiamente un trabajo jurídico al uso. Lo es su tema, pero poco más, porque no encontrará el lector en estas páginas un examen *de lege lata* de institución alguna; y tampoco pretendo propiamente hacer visiones prospectivas o de política jurídica —a las que me confieso aficionado—, aunque alguna haré. Lo que sí encontrará el lector son opiniones sobre ciertas prevenciones o cautelas que me parecen importantes en el tema que el título anuncia.

Abordaré algunas cuestiones y verteré algunas ideas sobre el tópico, casi diría el mito, de la necesidad de desjudicialización de la justicia. Las consideraciones se limitarán a la justicia civil, porque es la que conozco —en alguna medida— a la vez como académico y profesional. El término *desjudicialización* se usa también en el orden penal, pero con un ámbito y un sentido bien distintos. Y se usa también en el ámbito político, y ahí ya con un sentido que no tiene absolutamente nada que ver con lo que pretendo tratar. Lo que digo lo circunscribo, por tanto, a la justicia civil (que engloba obviamente la denominada *mercantil*).

Escribo estas páginas con cierto temor y prevención, o, por mejor decir, con temor y prevención mayores de los que tengo como inevitable tendencia. Mi razón para escribir algo sobre la desjudicialización de la justicia civil es que desde hace años percibo la conversión de la desjudicialización de la justicia civil en un mito. Desjudicializar ha pasado a ser un verbo que parece que ha de evocar necesariamente a cualquier jurista sensaciones positivas y juicios favorables sin restricción. Y hacer oposición o crítica a la supuestamente incuestionable necesidad de desjudicialización de la justicia civil implica riesgos de inmediata descalificación.

Avanzo que no pretendo desmitificar sin más. No me opongo por principio a medidas de desjudicialización. Sé además que peco de simplista y poco riguroso al escribir concisamente, y sin aparato bibliográfico, acerca de un tema sobre el que se han escrito millares de páginas valiosas (las no valiosas no tienen unidad de medida). Mas lo cierto es que lo que vengo percibiendo a mi alrededor, y hablo básicamente de España, me ha conducido al funesto vicio de pensar. Diré en mi descargo que lo que expondré no son ocurrencias, sino reflexiones, aunque solo sea porque no son de ayer o anteayer. Y aunque incurriré en el error de simplificar lo complejo —lo que no me gusta nada cuando lo aprecio en otros—, me guía el mencionado propósito de exponer prevenciones frente al mito de la desjudicialización. A esos efectos trataré más el boceto que los detalles, el bosque más que los árboles. E insisto: tratar de prevenir no significa en absoluto situarse sin más en la oposición.

2. Desjudicializar es una política

Aunque sea empezar con una obviedad, conviene tener muy presente a la hora de analizar, estudiar, debatir y hacer propuestas sobre la llamada desjudicialización de la justicia civil que desjudicializar es una política, o un conjunto de políticas.

Desjudicializar consiste en imponer o promover que asuntos o controversias civiles que normalmente son resueltas por los jueces sean resueltas o evitadas por vías distintas al ejercicio de la jurisdicción por un juez en un proceso civil. Como se dice en obras generales de Derecho procesal civil, abarca *otras instituciones para la paz jurídica* distintas del proceso civil, otras instituciones de *autocomposición* y *heterocomposición* de controversias. Esa desjudicialización es de dos tipos: *externa* e *interna*. Llamo *externa* a la que se produce extramuros del conjunto orgánico de la Administración de Justicia; e *interna* a la que se produce dentro de este. La desjudicialización externa engloba principalmente los llamados medios alternativos de solución de conflictos (MASC), que constituyen ya por sí mismos un abanico muy diverso de instituciones. Abarca también la *administrativización* de controversias, esto es, la encomienda de la solución de conflictos a entes administrativos. MASC y *administrativización* son fenómenos distintos, aunque en ocasiones se solapan. La desjudicialización interna consiste básicamente en la atribución de competencias a los letrados de la Administración de Justicia (LAJ). También creo que debe incluirse la derivación de asuntos a la llamada jurisdicción voluntaria, incluso cuando la misma sigue teniendo carácter judicial.

Como se ve, lo que llamamos *desjudicialización* abarca una panoplia muy heterogénea de expedientes, técnicas e instituciones: MASC, *administrativización*, LAJ, jurisdicción voluntaria.

Desjudicializar no es un axioma, ni un valor irrefutable. Si lo fuera habría que implementar la desjudicialización de manera intensa y extensa en todo tiempo y lugar. Y criticar a quienes no lo hicieran o se opusieran. Por decirlo así, habría que operar siempre con un programa de máximos y mantener la judicialización de los litigios en el mínimo. Sin embargo, la desjudicialización no es un principio indiscutible. Es una política jurídica. Tiene pros y contras. Por tanto, puede ser deseable o no. Puede serlo solo en cierta medida. O serlo en función de coordenadas de espacio y tiempo. Lo deseable para la España de 2023 puede no serlo para otro lugar u otro tiempo. O serlo solo para ciertos sectores. La ponderación de fines y medios tiene que ser cuidadosamente debatida y argumentada, caso por caso.

Además, la desjudicialización, como política, no es un fin en sí misma. Es instrumental. Es un medio para otros fines. Y hay que determinar cuál queremos alcanzar o cuando menos queremos primar.

Aun aceptando el simplismo imputable a la síntesis, casi siempre se alude a tres *fines* de la desjudicialización: i) descongestionar el sistema (por sintetizar, un fin de *descarga*); ii) facilitar la solución eficiente de controversias por vías alternativas, porque el proceso judicial supone un problema en términos de acceso, coste y duración (por sintetizar, un fin de *eficiencia*); y iii) evitar la controversia (un fin de *evitación*). Puede parecer reduccionista, pero el debate pivota prácticamente siempre sobre estos tres puntos. Se alude a la imperiosa necesidad de descargar de asuntos a nuestros tribunales, porque se trata de litigios, controversias o conflictos que pueden ser solventados por otras vías sin necesidad de acudir a un largo, costoso e incierto proceso judicial. Se alude también a la necesidad de implementar mecanismos eficientes que permitan la solución de controversias a quien no se puede permitir o le resulta oneroso y disuasorio el proceso judicial en términos de coste y/o duración. En fin, se habla de evitar que la controversia llegue a surgir. Resumiendo, *descarga, eficiencia, evitación*.

Es importante indicar que no son fines que se puedan ni deban mezclar. No conforman un cóctel. Cada concreta medida de desjudicialización ha de estar primordialmente encaminada a una cosa o a otra. O se trata de descongestionar, o se trata de favorecer el acceso a soluciones eficientes, o se trata de evitar que la controversia surja. El diseño institucional, el incentivo, o la norma deben tener un *telos* claro, al menos en términos de preponderancia. No todo a la vez. No se puede estar en misa y repicando. Puede ser legítimo desjudicializar para descargar, pero no sobre la base de aducir que se busca la eficiencia; porque de ser así habría que hacerlo aunque la justicia civil no estuviera congestionada. Y si se trata de evitar el pleito, esto es legítimo perseguirlo al margen de cuál sea el grado de sobrecarga del sistema o de que haya mecanismos alternativos eficientes para solventar la controversia ya surgida.

En todo caso, además, me permitiré dejar apuntado que un debate en términos de descarga, eficiencia y evitación será siempre un debate consecuencialista. Un genuino debate principialista nos conduciría a debatir qué mecanismos de paz jurídica son genuinamente indispensables o intrínsecamente de mayor valor. Este es un debate casi iusfilosófico. Si hay abolición de la justicia privada, transacción y proceso judicial se alzan como los géneros de toda especie, a mi parecer. Dejémoslo ahí.

3. El tópico del exceso de litigiosidad

Vivimos bombardeados por la idea de que hay un gran *exceso de litigiosidad*. Mi impresión es desde hace tiempo que las cuentas a este respecto se pueden hacer de muchas maneras. Podría y quizás debería extenderme sobre la ilustración de este aserto, pero espero la indulgencia del lector sobre que el tópico, sea acertado o no, es real en cuanto tal. Mi maestro Andrés de la Oliva lo calificaría de *tópico corrosivo*, expresión con la que se refiere a aquellos tópicos que se instalan de manera tan firme que corroen a muchos el pensamiento crítico.

Pues bien, frente al tópico, cabría hacerse la pregunta *naif*. ¿Seguro? ¿Por qué? ¿Estamos realmente seguros de que vivimos en un país en el que existe un *exceso* de litigiosidad civil? ¿Por qué hacemos o admitimos esta afirmación? ¿Cuál es el rasero o medida que permite hacer tal juicio?

Con frecuencia hago notar que una parte del tópico es nominalista. *Litigiosidad* es término negativo. Evoca *per se* algo que resulta mejor que a uno no le pase. Pleitos tengas y los ganes. ¿Y si simplemente cambiamos la palabra litigiosidad por la expresión *acceso a la justicia*? ¿Afirmaríamos con la misma facilidad que vivimos en un mundo o, más limitadamente, en un país en que hay un exceso de *acceso a la justicia*? ¿Cuándo, en qué momento hay *exceso*? ¿Cuál es el parámetro para delimitar el *exceso*? ¿Se nos ocurriría decir que hay un *exceso* de prestación sanitaria o educativa? El tópico está tan extendido y es tan corrosivo que hasta se proyecta (así lo hacía el decaído proyecto de ley de eficiencia procesal) acuñar como conceptos jurídicos el *abuso público de la justicia* o la *utilización irresponsable de derecho de acceso a la jurisdicción*. ¿Se imagina el lector esto en las leyes educativas o sanitarias? ¿Un sancionable abuso público de la educación? ¿Una utilización irresponsable del acceso a la educación secundaria o universitaria? ¿Un uso irresponsable del acceso al médico de cabecera o al especialista? Porque nadie dirá que no se den estas situaciones. Claro que se dan. En todos los ámbitos de *prestación*. De hecho en los tribunales bastaba una sola

palabra desde hace mucho tiempo para englobar toda esta fenomenología: la palabra *temeridad*. La pregunta es por qué en el ámbito judicial el litigio (su solución) acaba por concebirse casi por principio como un *exceso*. Hay una suerte de prejuicio sin base que hace sospechar de la necesidad de tutela jurídica de quien acude a un tribunal. Se dice sin rubor, pero sin saber tampoco con qué base, que la hispana es una *cultura litigante*, como si tuviéramos una especie de fenotipo jurídico.

No hace falta combatir los números para combatir el tópico. Basta con abrir la mente. Es muy posible que litiguemos más que los ciudadanos de otros países próximos. Pero eso no tiene por qué ser automáticamente juzgado como algo negativo. Puede bien suceder —de hecho, en mi humilde opinión, es lo que sucede en muchos ámbitos— que en términos de coste, duración y calidad tengamos una justicia civil que resulte más accesible que la suya para muchos de nuestros conciudadanos europeos. A lo mejor, como me he permitido decir en alguna ocasión, puede que tengamos una razonable justicia civil de clase media y que, en realidad, ser español o vivir en España sea mejor a efectos de tener que hacer uso de la justicia civil que ser nacional o vivir en muchos otros países, incluso cercanos. El menor uso de la justicia civil bien puede deberse en alguna o en buena medida a no podérselo permitir. Y lo mismo se podría predicar de la extensión en el uso de los MASC.

Trato solo de dar pinceladas para poner en cuestión el tópico. A la postre, y sin negar sin más la mayor, el examen sobre el tópico del exceso de litigiosidad requiere, a mi juicio, más esfuerzo, más casuística, más datos y más profundidad. No debemos permitirnos un debate público sobre nuestra justicia civil que empiece y termine con el tópico corrosivo del exceso de litigiosidad para justificar sin mayor análisis la entrada de mecanismos de desjudicialización vendidos como bálsamos de Fierabrás.

4. La regulación de lo que entra en el poder de disposición de las personas tiene más inconvenientes que ventajas

Opino que la regulación (en algún caso, a mi parecer, *hiperregulación*) de lo que entra en el poder de disposición de las personas tiene más contras que pros. Esto, que es obvio en el plano sustantivo, lo es también en el adjetivo.

Asistimos a un fenómeno de paradójica formalización jurídica de los MASC. Se va dando en el arbitraje, se da desde luego en la mediación, y se produce en otros MASC hasta ahora casi no regulados (seguramente por no juzgarse necesario) o con regulaciones escuetas y sencillas.

Me permitiré formular una máxima, con alguna derivación: la regulación excesiva o innecesaria de los MASC produce necesariamente formalismo, dudas hermenéuticas y obstáculos de utilización. Cuanto mayor sea el exceso de regulación, mayores serán los formalismos, las dudas y los obstáculos. La progresión se vuelve geométrica si el exceso es producido por normas imperativas.

Una mera lectura del decaído proyecto de eficiencia procesal suscita mil dudas y problemas que antes no existían. Suscita dudas el tratamiento procesal del requisito de procedibilidad de preceptiva utilización de un MASC. Suscita dudas la regla de la necesidad de identidad de objeto entre la pretensión formulada y la defensa esgrimida en el MASC y el proceso posterior. Suscita dudas el modo de acreditación documental de la utilización del MASC. Suscita dudas la frontera entre conciliación y mediación. Suscita perplejidad el porqué de los plazos establecidos. Suscita igualmente perplejidad la regla sobre la confidencialidad, aunque solo sea por su carácter general. Por ejemplo, ¿tiene sentido atribuir la misma confidencialidad a lo hecho por un mediador que a la opinión de un experto independiente? No hace falta ser un abogado muy perspicaz para concluir que si lo hecho y dicho en un MASC será accesible al juez, eso condicionará la conducta de las partes. Por decirlo así, si todo el contenido de lo negociado se va a trasladar al juez (y no solo, por ejemplo, el contenido de lo ofrecido), las partes y sus abogados negociarán o se comportarán con la mente puesta en ello, lo que desnaturalizará la finalidad de todo el entramado.

Insisto en que para plantearse preguntas basta una mera lectura. Un examen reposado sacará a relucir muchas más. Y como seguramente las respuestas serán distintas, habremos puesto la semilla de la duda, de la incertidumbre y de la discordia. Ciertamente con una cierta dosis de cinismo se podría argumentar que cualquier regulación innecesaria estimula la economía, porque produce iniciativas editoriales, de formación y de lo que pomposamente llamamos investigación jurídica.

Frente a todo ello es importante exhortar a que la regulación, también en el terreno adjetivo o procesal, de lo que entra en el poder de disposición, sea la imprescindible. No hace falta ser un liberal para aceptar este postulado. Se puede tener un alma intervencionista y aun así aceptar que hay ámbitos de intervención innecesaria. Salvo que se sea un adicto.

5. La desjudicialización es una política que es mejor que se base en incentivos voluntarios y pequeños

En los últimos tiempos se está intentando imponer como axiomas las políticas de desjudicialización. Además, como supuestamente su necesidad es una verdad evidente, se tiende a implementarlas con normas imperativas. Así, el gran debate jurídico de los últimos tiempos en este terreno es si los MASC deben ser preceptivos o no. Asistimos como derivación al debate concienzudo acerca de si ese carácter preceptivo sería contrario o no al derecho a la tutela judicial efectiva. Y como la *communis opinio* y la jurisprudencia se decantan por un nítido no, ancha es Castilla. Como es constitucional pongámonos a imponerlo imperativamente. La constitucionalidad de la medida excusa del debate sobre la oportunidad o la conveniencia.

Soy de la opinión de que imponer sin más no sirve para nada. Ni descarga, ni es más eficiente, ni evita. La experiencia histórica de la conciliación obligatoria, en vigor desde 1812 hasta 1984, debería servir para algo. Cualquiera que sea el fin pretendido, conseguir que haya medios alternativos que descarguen, sean eficientes y eviten conflictos dependerá más de los incentivos que de los mandatos. Sin incentivo el mandato se sorteará utilizando formalmente el medio más rápido, menos costoso y que menos condicione el litigio judicial. Imponer el carácter preceptivo de los MASC no tiene poder taumatúrgico.

Tampoco creo que los incentivos deban ser particularmente intensos. Ortiz Pradillo ha usado en este tema la imagen de los *palos* y las *zanahorias*. Sin desmerecer la metáfora, que es gráfica, me planteo que frente a los que cabe llamar *incentivos fuertes* son preferibles los *incentivos suaves*. En inglés se usa la palabra *nudge*, que hay que traducir por *empujoncito*. Recomiendo vivamente la lectura del libro de Cass S. Sunstein y Richard H. Thaler *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*. Ambos sabios (Thaler es premio Nobel de Economía y Sunstein uno de los mejores juristas norteamericanos), que proclaman lo que denominan *paternalismo libertario*, sostienen que los mejores cambios son los que se producen por un *nudge*, que a estos efectos es un *incentivo voluntario y de poco coste y esfuerzo*. La metáfora económica tiene entrada aquí: de nada valen los planes quinquenales bolcheviques; hay que dejar operar al mercado, si bien un *nudge* puede ser muy útil. Es más, el *nudge* adecuado puede crear una espiral o una bola de nieve. Los empujoncitos cambian el mundo; cambian la cultura de una actividad. Lo contrario —la técnica de la norma imperativa— se parece a planificar la producción cuando aún no tenemos fábrica, o si se prefiere, a diseñar el despacho de abogados cuando aún no tenemos clientes.

No tengo la receta del *nudge* más indicado en el tema que nos ocupa. Pero, por concretar un poco, frente a quienes creen conveniente la mediación obligatoria, quizás sería mejor pensar en estímulos suaves, en la línea de lo que los anglosajones llaman *quasi mandatory mediation*. Los estímulos en materia litigiosa (o prelitigiosa) han de referirse a acceso, coste o duración. Mi impresión es que en esta materia lo mejor es operar sobre aspectos relativos al coste. No descubro nada si traigo a colación propuestas aparentemente menores que ya se han puesto sobre la mesa: la exención fiscal del IVA de los servicios prestados en el MASC; la deducibilidad como gasto por parte de los particulares del coste de los servicios; la regla de condena en costas cuando se obtiene por sentencia menos de lo ofrecido formalmente por vía MASC. Y quizás se pueda operar también en otros ámbitos no directamente relacionados con costes. Así, la enseñanza de técnicas de negociación en todos los másteres de acceso a la abogacía, la experimentación publicitada de plataformas de ODR, la experimentación observada de derivaciones a mediación por parte de los jueces.

Ciertamente hay ámbitos litigiosos en los que ciertas medidas de desjudicialización vía MASC tienen más sentido, por la naturaleza u objeto de la controversia. Sucede desde luego con la llamada *mediación familiar*. Por extensión, sucede no solo en los temas de separación o divorcio, sino en general en los temas familiares y de sucesiones, así como los relativos a empresas familiares. Si se quiere, sucede en todos aquellos ámbitos en que entran en juego de manera muy relevante las emociones sobre los intereses y sobre la interpretación de las normas jurídicas o de las estipulaciones contractuales; y en aquellas en que el carácter duradero de la relación personal o social trasciende a la controversia. Con ello lo que quiero señalar es que las soluciones razonables pueden ser distintas en función del ámbito litigioso de que se trate y que el abanico de soluciones debe reflejar esa variedad. Puede que en alguno de ellos incluso sea debatible la mediación obligatoria (que no deja de ser un oxímoron).

6. El t3pico de la desjudicializaci3n como excusa para un deslizamiento hacia la *administrativizaci3n* de controversias civiles

Observo con creciente preocupaci3n que el mito de la desjudicializaci3n est3 sirviendo como excusa para deferir a entes administrativos la decisi3n de controversias entre particulares. Es lo que ha sucedido en materia de transporte a3reo. Y se ha propuesto en materia de la denominada defensa del cliente financiero.

Sobre esta deriva hay que hacer dos tipos de consideraciones: jur3dica y de oportunidad. La jur3dica se refiere a los l3mites constitucionales a la *administrativizaci3n* de controversias entre particulares. La de oportunidad se refiere a que, aun si tal *administrativizaci3n* fuera constitucionalmente admisible, como pol3tica es indeseable.

A mi juicio, no es constitucional administrativizar la resoluci3n de las controversias entre particulares si la competencia del 3rgano administrativo es obligatoria para cualquiera de las partes y la decisi3n es vinculante. Esa medida vulnera la exclusividad de la jurisdicci3n consagrada en el art3culo 117. 3 CE.

Ciertamente dependiendo de leg3timas opciones pol3tico-jur3dicas se puede legislar atribuyendo a las Administraciones p3blicas variadas potestades en muchos sectores. Tambi3n cabe lo contrario, esto es, privatizar. Pero lo que no se puede reputar constitucionalmente admisible por afectar al n3cleo esencial del 3mbito material de la potestad jurisdiccional es administrativizar la decisi3n de contiendas sobre situaciones jur3dico-privadas y diferir y limitar la intervenci3n judicial en dichas cuestiones a un eventual control ulterior por v3a de recurso o por v3a contencioso-administrativa. La interpretaci3n l3gica y teleol3gica de la Constituci3n se3ala aqu3 un 3mbito material cierto de la potestad jurisdiccional indisponible para el legislador.

La tutela jur3dica de derechos subjetivos litigiosos en relaciones entre particulares es tarea propia de la justicia civil (y laboral). La Administraci3n p3blica no debe erigirse en la autoridad que defina las infracciones de relaciones jur3dicas entre particulares, ni siquiera en los casos en los que puede existir asimetr3a entre las partes.

Es evidente que tiene que existir un l3mite a la potestad legislativa consistente en administrativizar controversias entre particulares. Basta con elevar la an3cdota a categor3a para entender que nuestro sistema de soluci3n de controversias no podr3a consistir en un conjunto de autoridades administrativas que resolvieran los litigios entre particulares, frente a cuyas decisiones cupiera recurso ante los tribunales.

La existencia de un ulterior recurso ante un tribunal es desde luego imperativo constitucional (art3culos 24.1 y 106 CE). Pero hay que insistir en que no por cumplir ese requisito el legislador tiene libertad para deferir a autoridades administrativas la decisi3n de litigios entre particulares. La decisi3n de litigios entre particulares forma parte del 3mbito material de la funci3n jurisdiccional, que solo pueden ejercer los juzgados y tribunales.

En el ordenamiento constitucional español vigente no existe libertad del legislador para crear lo que en ocasiones se han llamado *jurisdicciones administrativas*. Una cosa es la intervención administrativa que conlleva la creación de potestades administrativas de regulación, y de supervisión y sanción, y otra que la intervención consista en la resolución de controversias entre particulares.

Nótese, además, que las garantías de independencia de una *jurisdicción administrativa* siempre serán, de existir, menores. Estarán basadas en una lógica y una técnica administrativas de aplicación del Derecho, se quiera o no alejada de la de los tribunales de justicia. Porque cuando las Administraciones públicas persiguen fines de interés general, lo hacen estructurándose sobre el principio de jerarquía (art. 103 CE), que es precisamente la antítesis de la independencia. Y si hay sectores en que la justicia se revela poco eficaz, lo que procede es sencillamente atajar las causas de esa ineficacia. Un modelo de *administrativización* de la resolución de controversias entre particulares fractura el esquema básico de reparto de funciones entre los poderes del Estado y atribuye a la Administración pública algo que no le es propio en absoluto y sustrae a la justicia civil lo que sí le es propio.

Cabría quizás debatir sobre si una Administración pública puede tener en algún caso atribuida instrumentalmente una potestad accesoria que implique la tutela de derechos subjetivos privados (sin perjuicio de un ulterior recurso judicial). Pero lo que no cabe es crear un sistema administrativo de resolución de controversias *inter privados*. Lo que no cabe es que la *administrativización* consista propia y principalmente en la atribución a un ente administrativo de una potestad materialmente jurisdiccional. La tutela de derechos subjetivos privados, cuando son objeto de controversia o litigio, corresponde *ex Constitutione* a los tribunales.

Por reducción al absurdo, el ordenamiento español no podría consistir en una pléyade de entes administrativos resolviendo litigios entre particulares y frente a cuyas decisiones cupiera luego recurrir a los tribunales. Imaginemos que el legislador decidiera mañana crear entes administrativos en materia de litigios en sectores como la energía, los transportes, las telecomunicaciones, la competencia desleal o los arrendamientos urbanos. La espiral concebible no tiene fin. Esto no está a disposición del legislador.

No cabe además pretender que caben excepciones a esta regla sobre la base de que con la atribución a un ente administrativo se persigan fines de interés general. La adecuada tutela de los derechos subjetivos privados es sin duda un esencial fin de interés general, pero no habilita para que sea la Administración la que resuelva litigios. También hay un evidente interés general en la persecución de las conductas delictivas, y es obvio que el sistema penal no puede consistir en entes administrativos juzgando conductas delictivas y que frente a sus decisiones quepa recurso ante los tribunales.

La atribución a un órgano administrativo de la resolución de controversias privadas con carácter obligatorio y vinculante es inconstitucional. La inconstitucionalidad consiste en la violación de la exclusividad de la jurisdicción que establece el artículo 117.3 CE. A la vez, a mi juicio, para el concreto justiciable esa violación de la exclusividad de la jurisdicción constituye una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque convierte la genuina tutela judicial en mero recurso frente a la decisión de un órgano administrativo.

En todo caso, incluso si aceptara dialécticamente que cuanto he argumentado hasta aquí no es correcto, la administrativización de las controversias entre particulares me parece de todo punto indeseable. Abre desde luego una senda autoritaria. Por otra parte, toda política de *administrativización* ha de enfrentarse a la pregunta de por qué la burocracia administrativa va a funcionar mejor que la judicial en la decisión de controversias civiles. A poco que se analice, la razón no puede ser ontológica, sino de recursos. En tal caso, destínense los recursos a donde corresponde. Ello sin contar con que en el diseño de esas políticas de *administrativización* siempre se introduce el modo para que el ente cree sus propios recursos económicos, lo que dota al sistema de un incentivo perverso. A lo anterior ha de sumarse que este fenómeno de *administrativización* se da a través de la creación de *autoridades administrativas independientes*, que en este aspecto resultan cuando menos equívocas en cuanto al último de sus atributos, porque son solo sedicentemente independientes, pero nada más.

7. Las derivas internas

Junto a las derivas externas se encuentran las derivas internas, respecto de las que cabe señalar algunas cautelas, aunque sea con brevedad.

La atribución de competencias decisorias a los LAJ es desde luego una forma de desjudicialización. Y sin desmerecer su cualificación jurídica, la cuestión de su estatuto resulta decisiva. El LAJ no tiene independencia. Lisa y llanamente esto marca una diferencia esencial a la hora de implementar medidas de desjudicialización. Por eso, a la hora de tomarlas resulta de todo punto exigible examinar si y en qué medida las competencias decisorias atribuidas, desde luego si son de fondo pero también si son solo procesales, traen consigo aspectos en los que la falta de independencia marca un límite infranqueable. A veces el problema está en la atribución por bloques. Por ejemplo, en la ejecución forzosa hay multitud de aspectos declarativos en los que no solo se ejecuta lo juzgado, sino que primero se juzga para luego ejecutar.

Algo similar puede decirse de la derivación a jurisdicción voluntaria de asuntos propios de la jurisdicción contenciosa. Conviene recordar, aunque a algunos les parezca una exageración por mi parte como cautela, que los primeros que preconizaron y llevaron a cabo la derivación sistemática de asuntos a la jurisdicción voluntaria fueron los nazis en Alemania y, en menor medida, los fascistas en Italia. El aparente antiformalismo de la jurisdicción voluntaria es caldo de cultivo para el autoritarismo. Aún más si se deroga la regla de que toda oposición hace contencioso el expediente y se sustituye por la regla de que el juez resuelve aun habiendo oposición, sin perjuicio de poder replantear la cuestión en un proceso contencioso. Un expediente de jurisdicción voluntaria en que se resuelve pese a haber oposición es técnicamente un proceso sumario. No seré yo quien diga que tal cosa sea en sí misma criticable. Antes al contrario, es una técnica procesal muy razonable. Pero exige ponderar cuidadosamente que la huida de la jurisdicción contenciosa no puede deberse a cualquier razón. De otro modo, por reducción al absurdo, se podría producir una suerte de *sumarización* de toda la justicia civil. Todo se podría tramitar con las aparentemente flexibles formas de la jurisdicción voluntaria o a través de procesos sumarios. La alternatividad de las técnicas procesales sin duda existe, aunque a veces no seamos conscientes de ello, pero debemos trazar límites.

Puede que se piense que lo que he tratado en este apartado tiene poco que ver con la desjudicialización. Pero yo no creo estar juntando churras con merinas. Todo forma parte de lo mismo, son trazos del mismo cuadro, árboles del mismo bosque.

8. Sobre mercados, *stakeholders* y *lobbies*

Todo sistema *desjudicializado* crea a su vez su propio *mercado*. Alrededor de un mercado desjudicializado surge una *industria*, el mercado crea sus *proveedores de servicios*. Hay un cúmulo heterogéneo de *stakeholders*. Y estos acaban, aunque sea de manera inorgánica, generando sus *lobbies*. Es propio de cualquier ámbito de actividad humana. Nada de esto es en sí mismo negativo ni censurable. Lo único relevante es tomar conciencia de ello y tenerlo en cuenta en el debate público. Hay posiciones en el ámbito de las políticas públicas desjudicializadoras que responden a los legítimos intereses de alguna de las partes interesadas. Cuando además hablamos de un mercado, hay competencia por él, lo mismo que pueden darse barreras ilegítimas a la misma. Los *lobbies* son igualmente legítimos. Lo que conviene es sencillamente saber quién hace dicha labor y para quién. A veces, además, los *lobbies* devienen muy poderosos en poco tiempo. Como digo, la cautela aquí es la toma de conciencia. Nada más. O quizás sí: no perder de vista que los principales *stakeholders* de la desjudicialización son los mismos que los de la justicia civil en general, esto es, los justiciables, los ciudadanos, las empresas, los particulares envueltos en controversias. Esos son los verdaderos protagonistas de la trama. Los demás son (somos) actores secundarios.

9. La eficiencia tiene muchos instrumentos

El mito de la imperiosa necesidad de desjudicializar la justicia civil, cualquiera que sea el fin propuesto, orilla la consideración de que para dicho fin, sea de descarga, de eficiencia o de evitación del conflicto, existen muchos instrumentos posibles. La desjudicialización es solo uno de ellos, y no tiene por qué ser el más adecuado, ni desde luego el único en la formulación de una política pública sobre la justicia civil.

Desde el punto de vista de la descongestión o descarga de los tribunales la lista de medidas posibles es larga. Desde luego hay alternativas a los medios alternativos. Insisto en que con esto no estoy negando que los MASC deban ser promovidos. Lo que digo es que se necesita una contemplación global de los mecanismos para determinar la previsible o potencial eficiencia de cada uno de ellos. Además, no puedo evitar la sensación de que poner el foco en la desjudicialización permite quitarlo de otros temas, que van pasando poco a poco al cajón y al olvido. No dejaré de decir también que el mito corrosivo de la necesidad de desjudicialización se convierte en ariete de deslegitimación de la justicia civil ordinaria y de la justicia en general, en ocasiones con una finalidad espuria.

Así, en la España de 2023 la descongestión de los tribunales civiles no me parece que encuentre alivio alguno en la formalización e imposición de MASC, lo que —de nuevo matizaré— no significa no promoverlos. Solo por mencionar algunas reformas estructurales de nuestra justicia civil de mucha mayor y general relevancia, a mi juicio, que servirían a la descongestión, aunque no solo a

ella, se me ocurren las siguientes: la implementación de expedientes procesales que pongan fin a la litigiosidad masiva y la sustituyan por una real y eficaz litigiosidad colectiva; la recuperación de un procedimiento monitorio eficaz (que abarca un porcentaje muy elevado de la litigiosidad civil), que seguramente pasa por un cambio de modelo de monitorio documental a monitorio puro y por su centralización y automatización; la creación de un genuino sistema de pequeñas causas, que nos permita abandonar el absurdo de que el mismo juez pase de una *small claim* a una *complex litigation* sin solución de continuidad.

Desde el punto de vista del acceso a la justicia y su eficiencia pasa lo mismo. El abanico con el que operar es igual de amplio y variado, y ello comporta cuando menos prevenirnos frente a la fácil receta de sacar asuntos de los juzgados. Así, habrá que plantearse (una vez más) la reforma del turno de oficio y del sistema de asistencia jurídica gratuita y su insuficiencia de recursos; la racionalización del kafkiano sistema de condena en costas y cálculo de sus importes en que nos movemos; la conveniencia de la potenciación de fondos de litigación que no se centren exclusivamente en asuntos de gran cuantía; la posible potenciación de seguros jurídicos no solo concebidos para la defensa frente a reclamaciones o conectados con seguros domésticos o de circulación de vehículos.

Todo lo anterior, además, está bien, pero estaría aún mejor si nos remontáramos más atrás, si actuáramos sobre los *insumos*, o, por ser más gráfico, sobre los mimbres con que está a la postre hecho el cesto de la justicia. Me refiero a los recursos económicos de la justicia o a la implementación real y genuina de nuevas tecnologías. Pero también y sobre todo a cuestiones mucho más básicas y aparentemente muy lejanas, como la calidad de la formación jurídica en España y la calidad de la legislación. Como dicen los sabios, las reglas claras fomentan los mercados competitivos; y la competencia mengua las controversias.

Una pequeña coda. Todo lo que he traído a colación está pensado en clave interna, pero debería servir también para la clave europea. Lo digo porque es apreciable que el acerado carácter crítico que nos caracteriza a los juristas hispanos cuando analizamos la política interna y las normas patrias se convierte en pura aceptación mansa de todo lo que viene de Bruselas. Es verdad que algunas medidas de desjudicialización vienen impuestas por el Derecho europeo, pero estas deben ser examinadas e interpretadas con la misma *sana crítica* que las medidas puramente internas. Además, también en ocasiones el Derecho europeo se convierte en la excusa para adoptar medidas de desjudicialización que este no impone. Y conviene distinguir unos casos de otros. El europeísmo ha de consistir también en la participación y en la crítica. Las instituciones europeas no son el oráculo de Delfos. Ni siquiera el TJUE lo es, aunque a algunos se lo parezca.

En definitiva, con cautelas y debates serios y reposados no cabe duda de que pueden y aun deben adoptarse medidas desjudicializadoras. Mas sin olvidar que a la postre es la existencia de la justicia ordinaria la que nos legitima. Hemos de poder seguir creyendo, sintiendo y pregonando la verdad del molinero prusiano: que aún hay jueces en Berlín (*es gibt noch Richter in Berlin*).