

Juan F. Herrero Perezagua y  
Javier López Sánchez (Dir.)

# LA JUSTICIA TENÍA UN PRECIO



 **Atelier**  
LIBROS JURÍDICOS



Unión Europea  
Fondo Europeo de Desarrollo Regional  
"Una manera de hacer Europa"





**La Justicia tenía un  
precio**



**Juan F. Herrero Perezagua**

**Javier López Sánchez**

Directores

# La Justicia tenía un precio

## **AUTORES**

Blanca Bonet Loscertales

Brian Buchhalter Montero

Rafael Castillo Felipe

Rebeca Castrillo Santamaría

Silvana Dalla Bontà

Olga Fuentes Soriano

Antonio J. García Gómez

Francisco de Asís González Campo

Marco Gradi

José Alberto Grau Pérez

Juan F. Herrero Perezagua

Abdalla Khalaf Reda

Víctor Jesús Laguardia Obón

Jessica Naranjo Rodríguez

Guillermo Ormazábal Sánchez

Pedro Pérez-Caballero Abad

Virginia Ramos Febrer

Ángel Santiago Tomás Pla

Guillermo Schumann Barragán

Julio Sigüenza López

---

Este trabajo se ha desarrollado dentro del proyecto de investigación dirigido por los profesores Juan F. Herrero Perezagua y Javier López Sánchez, «Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas» (PID2019-108844RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Gobierno de España) y del Grupo de Investigación de Referencia «De lure» (S\_26\_23\_R), financiado por el Gobierno de Aragón.

---



Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2023 Los autores

© 2023 Atelier  
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona  
e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)  
[www.atelierlibrosjuridicos.com](http://www.atelierlibrosjuridicos.com)  
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-19773-28-9

Depósito legal: B 14058-2023

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona  
[www.addenda.es](http://www.addenda.es)

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

# Índice

---

<b>PRÓLOGO</b> .....	11
----------------------	----

## **PARTE PRIMERA CUESTIONES GENERALES**

<b>1. EL COSTE DE LA BUROCRATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. . .</b> <i>Marco Gradi</i>	17
<b>2. EL COSTE DE LA JUSTICIA CONSENSUAL. ....</b> <i>Silvana Dalla Bontà</i>	39
<b>3. LA NEGOCIACIÓN EFICIENTE TAMBIÉN TIENE UN COSTE. ....</b> <i>Julio Sigüenza López</i>	55
<b>4. EL COSTE DEL PROCESO AL SERVICIO DE LA EFICIENCIA. ....</b> <i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	81
<b>5. LA REBAJA DE LAS COSTAS COMO MEDIDA (CUESTIONABLE) DE EFICIENCIA PROCESAL. ....</b> <i>Olga Fuentes Soriano</i>	105
<b>6. CONTRATOS SOBRE COSTAS: LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO DERIVADO DE LA CONDENA EN COSTAS. ....</b> <i>Guillermo Schumann Barragán</i>	153
<b>7. EL PRECIO DE LA JUSTICIA GRATUITA. ....</b> <i>Rafael Castillo Felipe</i>	177

<b>8. ACCESO A LA JUSTICIA Y SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA</b> .....	229
<i>Blanca Bonet Loscertales</i>	
<b>9. LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS POR TERCEROS (TPF). CLARIFICACIÓN DE CONCEPTOS Y ALGUNAS CLAVES PARA SU EVENTUAL REGULACIÓN</b> .....	271
<i>Guillermo Ormazabal Sánchez</i>	
<b>10. LAS RELACIONES ENTRE EL FISCO Y EL PROCESO: TASAS Y COSTAS JUDICIALES DESDE UNA PERSPECTIVA TRIBUTARIA</b> .....	305
<i>Antonio J. García Gómez</i>	

**PARTE SEGUNDA**  
**ALGUNAS CUESTIONES CONCRETAS**

<b>1. EL DERECHO A LITIGAR EN EL PROCESO CIVIL: UN DERECHO DE COSTE INCIERTO</b> .....	341
<i>Rebeca Castrillo Santamaría</i>	
<b>2. EFICIENCIA PROCESAL (Y DIGITAL) A COSTE CERO: ¿PRECIO DE UNA JUSTICIA EFICAZ?</b> .....	357
<i>Francisco de Asís González Campo</i>	
<b>3. TRES SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS PARA LA REPERCUSIÓN DE LA TASA JUDICIAL</b> .....	375
<i>José Alberto Grau Pérez</i>	
<b>4. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN ALEMANIA (PROZESSKOSTENHILFE) Y ALGUNAS REFLEXIONES PARA ESPAÑA</b> .....	387
<i>Brian Buchhalter Montero</i>	
<b>5. EL RÉGIMEN DE COSTAS POR LA INTERVENCIÓN PROVOCADA A INSTANCIA DEL DEMANDADO</b> .....	401
<i>Pedro Pérez-Caballero Abad</i>	
<b>6. LAS COSTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA</b> .....	413
<i>Virginia Ramos Febrer</i>	
<b>7. EL COSTE DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE APOYO EN EL PROCESO PENAL: UN CONTRAPESO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA</b> .....	427
<i>Ángel Santiago Tomás Pla</i>	

<b>8. EFECTOS DE LA RESCISIÓN DE LAS SENTENCIAS FIRMES CIVILES RESPECTO DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS COSTAS</b> .....	445
<i>Jessica Naranjo Rodríguez</i>	
<b>9. LAS IMPUGNACIONES DE TASACIONES DE COSTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR CONSUMIDORES FRENTE A ENTIDADES BANCARIAS</b> .....	461
<i>Víctor Jesús Laguardia Obón</i>	
<b>10. EL RESARCIMIENTO DE LOS GASTOS PROCESALES DE LA ACUSACIÓN POPULAR</b> .....	469
<i>Abdalla Khalaf Reda</i>	



Administrar Justicia no es una actividad especulativa. Debe descartar el lector, de forma inmediata, la acepción económica del término —por supuesto también el sentido vulgar que le atribuyen algunos comentaristas futbolísticos—, e incluso la que surge de la segunda acepción que le atribuye el Diccionario de la Lengua Española, por la que especular se reduce a formular conjeturas sin un conocimiento suficiente. Cuando inicio estas páginas afirmando que no hay especulación en el hacer jurisdiccional, apunto a la primera acepción que el Diccionario le atribuye: «reflexionar en un plano exclusivamente teórico». El quehacer jurisdiccional se desenvuelve y vincula a la razón práctica, al intento de ordenar el devenir de los acontecimientos y acciones de los hombres y mujeres, bajo un criterio de equidad, generalmente contenido en una norma general. La decisión jurisdiccional dice el Derecho de un modo eficaz, tanto al declararlo como al constituir relaciones jurídicas. Y, en muchas ocasiones, esa declaración del Derecho se erige en título para una ejecución con una trascendencia jurídico material relevante. La decisión jurisdiccional influye y también se alimenta de la materialidad de la realidad. El litigio surge de un desencuentro de voluntades en relación con lo acontecido o incluso, con lo que está por acontecer, pero que encuentra en hechos ya acaecidos el inicio de un devenir con resultados previsibles. El proceso jurisdiccional requiere de la aportación de esos hechos, su verificación y, en muchos casos, su adecuada interpretación. Y el mismo desencuentro de voluntades debe exteriorizarse ante el juez, en relación con los hechos, que si bien pueden ser admitidos, suelen ser objeto de contradicción en su acontecer o significación jurídica. Se alude a los principios jurídicos para referirse a condiciones ideales de índole jurídica que determinan una adecuada administración de justicia, pero ésta se encuentra sujeta a otros requerimientos, de carácter no tanto ideal, como material.

La ordenación de las actuaciones procesales debe atender a la posibilidad material de alegar, probar y discutir. Plazos, comparecencias y aportaciones de

documentos, informes y piezas de convicción no pueden establecerse sin atender a lo que es materialmente posible. Y lo posible no queda definido solo por los límites de la actuación física e intelectual del hombre, también por los recursos económicos que esas actuaciones requieren. En definitiva, la ordenación del proceso no puede planificarse tan solo en un plano ideal, en atención a la efectividad del Derecho, tal y como se encuentra regulado. Debe también atender a la gestión de una actividad humana, a sus tiempos, posibilidades y exigencias. Entre ellas, las económicas.

La película de Sergio Leone, de 1965, «La muerte tenía un precio» inspira el título de esta obra. Se trata de una película que continúa una primera titulada «Por un puñado de dólares» («Per un pugno di dollari»). El título original de aquella («Per qualche dollaro in più») alude a la búsqueda de una recompensa. El que se le dio en España, en cambio, apunta a la venganza que se desvelará al final de la película: la muerte intencionadamente causada no podía quedar sin venganza y por ello tenía un precio. Evidentemente, la evocación de la película tiene solo la intención de atraer la atención del posible lector hacia una cuestión que no puede ser enunciada en pasado, sino en un apremiante presente: la Justicia tiene un precio. La ofensa no puede salir gratis, pero su misma vindicación también tiene un coste.

El precio de la Justicia es un condicionante de su adecuado desenvolvimiento.

La proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva requiere el establecimiento y mantenimiento de una organización jurisdiccional estatal financiada con fondos públicos. Es pertinente preguntarse si quienes acuden a la justicia estatal deben contribuir a su mantenimiento con una tasa, como lo es también analizar en qué medida su introducción constituye un obstáculo al acceso a la Justicia. La cuestión ha sido ampliamente debatida en nuestro país con ocasión de las vicisitudes de las distintas regulaciones de la tasa judicial y los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Es evidente que quien acude a la Jurisdicción, con el reconocimiento de su derecho, se beneficia directamente de la existencia y actuación de la Administración de Justicia. Pero la actuación de la Jurisdicción, con su reafirmación del Derecho estatal, contribuye a la construcción del Estado de Derecho y unas bases de seguridad jurídica que a todos beneficia. Una pronta y adecuada reacción de la Jurisdicción ante el desconocimiento del Derecho tiene un efecto desincentivador de toda actuación antijurídica. No corresponde sufragar el mantenimiento de la Jurisdicción solo a quienes se ven obligados a recurrir a los tribunales, porque su existencia y funcionamiento a todos interesa.

El precio de la Justicia no viene determinado únicamente por el coste de medios y recursos humanos que comporta la Administración de Justicia. La confi-

guración de la asistencia letrada y la representación causídica a través de profesiones liberales, la justa compensación que a los testigos corresponde, la adecuada remuneración de los profesionales que elaboran informes periciales, la atención, en fin, a cauciones, tasas y depósitos que la actividad procesal reclama, comportan gastos que las partes han de asumir para atender a la tutela jurisdiccional. Nuestro sistema procesal tradicionalmente ha optado por imponer el resarcimiento de los gastos procesales a quien a visto totalmente desestimadas sus pretensiones o a quien ha sido condenado. El mantenimiento de este principio se presenta como complejo en los casos en que no se ha producido un vencimiento total, también en los casos en que el proceso termina por un acuerdo y en los que, el carácter imperativo de la regulación sobre costas, lleva a preguntarse si el negocio transaccional puede extenderse a modular el contenido de las costas procesales.

La regulación de las costas procesales no solo admite un enfoque dirigido a hallar un criterio equitativo para determinar su extensión y a quién debe corresponder finalmente asumir esos gastos. Ciertamente, la necesidad del proceso para la determinación del derecho no puede ocasionar un coste a quien tiene el derecho de su parte. Así, la regulación de las costas procesales se encamina a mantener la integridad del derecho de quien se ha visto obligado a demandar o de quien se ha visto obligado a defenderse. Pero los gastos procesales, como cuestión económica, plantean no solo un problema de justicia, sino también logístico. La iniciación de las actuaciones procesales no puede esperar a una decisión sobre quién debe asumir los gastos, que está vinculada al resultado del proceso. Así, el coste de la justicia condiciona la misma posibilidad de acceso a la justicia. La limitación de recursos exige hallar una solución para que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulte ilusorio en quienes no tienen recursos. Se entiende así que la gratuidad de la justicia se erija en un derecho para quienes carecen de medios para sufragar su coste. Sucede que esta limitación de recursos no solo afecta a los justiciables, también a la propia Administración y sus posibilidades de garantizar en todo caso esa gratuidad. Surge así a la necesidad de buscar otras soluciones, como los seguros de asistencia jurídica o los mecanismos de financiación por terceros. Estos intentos de facilitar el acceso a la Jurisdicción, contrastan con los ensayos de hacer de la regulación de las costas procesales un instrumento de disuasión del acceso a la Jurisdicción, trastocando la fundamentación última del régimen de la condena en costas, para lograr resolver los problemas que plantea una organización jurisdiccional insuficiente para atender a las reclamaciones de justicia. En definitiva, para resolver un problema de insuficiencia de recursos.

La financiación de la Justicia, del proceso, plantea un nutrido número de problemas que se abordaron con extensión y profundidad en unas Jornadas celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 16 y

17 de marzo de este año 2023. Parte de esos trabajos, se recogen en esta publicación y se ofrecen al lector con la intención de prolongar un debate en el que se haya comprometida la posibilidad material de hacer justicia. La Justicia tiene un precio y quién haya de asumirlo comporta una decisión que compromete la propia realización de la Justicia.

Javier López Sánchez

*22 de junio de 2023*

## 2 | El coste de la justicia consensual

---

Silvana Dalla Bontà  
Università di Trento

SUMARIO: I. LA JUSTICIA CONSENSUAL PASA DE SER UN MEDIO PARA REDUCIR LOS COSTES DE LA JUSTICIA JUDICIAL A UN FIN PARA PROMOVER UN SISTEMA INTEGRADO DE JUSTICIA. II. EL COSTE DE LA JUSTICIA CONSENSUAL. III ¿QUÉ ES LA «JUSTICIA»? LA DIFERENTE EXTENSIÓN DE LOS CONCEPTOS DE «JUSTICIA» Y «JURISDICCIÓN». IV. LA «JUSTICIA» MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN: EL *FAVOR RELATIONIS* EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA V. LA NECESARIA INVERSIÓN DEL ESTADO (SOCIAL) EN LA JUSTICIA CONSENSUAL... VI (SIGUE)...PARA EVITAR LA EXTERNALIZACIÓN DE SUS COSTES ÚNICAMENTE SOBRE LAS PARTES. VII. EL APOYO ECONÓMICO Y FISCAL A LAS VÍAS AUTÓNOMAS DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LA REFORMA DE LA JUSTICIA CIVIL ITALIANA DE 2022. VIII ¿INTERVENCIÓN SUFICIENTE? NOVEDADES Y CUESTIONES CRÍTICAS, ENTRE CRÉDITOS FISCALES Y ASISTENCIA JURÍDICA. IX EL VERDADERO PUNTO DE INFLEXIÓN: LA INVERSIÓN NECESARIA EN EDUCACIÓN Y FORMACIÓN DE ABOGADOS Y DE TODA LA COMUNIDAD PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LOS CONFLICTOS. X LOS RIESGOS DE SANCIONES PROCESALES POR LA NO PARTICIPACIÓN DE UNA PARTE EN EL INTENTO DE MEDIACIÓN. LA NECESIDAD DE SUPERAR UN VIEJO PARADIGMA.

1. Un título intrigante, como el de estas jornadas: «La Justicia tenía un precio». Un título con muchos significados, que admite distintas interpretaciones. Por eso, hemos de aclarar, en primer lugar, qué significa. La primera idea que puede surgir al hablar de «costes» y «justicia consensual» es la siguiente.

La «justicia consensual» haría referencia a la conocida *Alternative Dispute Resolution* (ADR), es decir, a los mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio<sup>1</sup>. Hablar de «costes» y «justicia consensual» sugeriría, por tanto, esta fácil ecuación: ADR como medio para reducir los costes de la justicia judi-

---

1. Para una visión general del concepto y los perfiles generales de la ADR, v. J.T. BARRETT, J. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, San Francisco, 2004; S. WARE, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Eagan, 2007; C. MENKEL-MEADOW et al., *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, New York, 2019; N.H. ANDREWS, *Andrews on Civil Procedure. Arbitration & Mediation*, 2017; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2022; F. DANОВI, F. FERRARI, *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018; S. BARONA VILAR, C. ESPLUGUES MOTA, *ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends*, en EID. (eds.), *Global Perspectives on ADR*, Cambridge, 2014.

cial, es decir, de la maquinaria judicial estatal<sup>2</sup>. Dicho de otro modo, la idea bien conocida sería la siguiente: cuantos más litigios se resuelvan extrajudicialmente mediante métodos autónomos, menos casos se presentarán ante los tribunales estatales; cuanto menor sea la carga judicial, menores serán los costes para la jurisdicción estatal.

Tal ecuación es el corolario de una doble premisa implícita, cuya falacia intentaré demostrar.

Por un lado, es la consecuencia de un enfoque y un lenguaje que desde hace años marcan el discurso nacional y comunitario sobre la justicia: la búsqueda del llamado «eficientismo» —un término tan poco elegante como abusivo— del aparato y el servicio de «justicia». Un «eficientismo» que todo lo mide según la lógica de la «dictadura del cálculo», como la llamaría Paolo Zellini<sup>3</sup>, y que, por tanto, acaba por ver en los litigios no ya conflictos «de carne y hueso» entre individuos concretos y empresas con sus necesidades, intereses y expectativas, sino meros «números», es decir, «expedientes» a los que hay que dar salida lo antes posible<sup>4</sup>.

Es una actitud que, en cierto modo, se puede comprender, y que además tiene sus razones constitucionalmente garantizadas<sup>5</sup> —justicia lenta es justicia denegada— pero que sin embargo corre el riesgo de perder de vista la facticidad y carnalidad que caracterizan a cada litigio individual, si se absolutiza y no se equilibra con intereses igualmente protegidos constitucionalmente.

Por otro lado, la ecuación «recurso a ADR = reducción de costes para el Estado en el ámbito judicial» se basa en otro supuesto falaz. Alimentada por los fantasmas de la crisis económica y la consiguiente reducción de la capacidad de las arcas públicas, esta ecuación parece dar por sentado lo que no es cierto. Es decir, que las ADR no tienen costes o, aun teniéndolos, son inferiores a los de la máquina judicial del Estado. De ello se deduce que, dado que esta última cuesta demasiado, es oportuno recurrir a la justicia a-jurisdiccional y, por tan-

---

2. Cfr. el análisis crítico de P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, en *Giustizia consensuale*, 2021, 15 ss.

3. Así P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018.

4. V. las reflexiones críticas de R. Caponi, «Doing Business» come scopo della giustizia civile?, en *Foro it.*, 2015, V, 3 ss.; P. Biavati, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 45 ss., 47 ss.

5. La referencia aquí es a la cuestión de la duración razonable de los procesos, consagrada en la Constitución italiana en el apartado 2 del Artículo 111.

to, a los instrumentos de justicia consensual, cuyo uso sería la panacea para los elevados costes de la justicia judicial<sup>6</sup>.

2. Si lo anterior es lo que podría evocar una primera lectura del título «El coste de la justicia consensual», es otra perspectiva la que adoptaré. Me refiero a una interpretación diferente —de hecho, opuesta a la esbozada anteriormente— que es la única capaz de superar esa visión de la justicia definida como «eficientista», que olvida el significado más profundo del término «justicia» para doblarlo exclusivamente a los datos numéricos.

De hecho, me gustaría invertir esta ecuación tradicionalmente propuesta y argumentar que los ADR tienen un coste. Y al decir que «tienen un coste», hemos de hacer referencia a dos aspectos.

En primer lugar, los ADR tienen un coste porque implican, en el sentido de que *deben conllevar, una inversión por parte del Estado* —que quiere definirse «social»— *en justicia consensual*. Esto es indispensable si no se quiere correr el riesgo —y llego al segundo aspecto— de que la justicia consensual se convierta en un coste, en el sentido de una *mera carga para las partes en conflicto* que buscan su solución.

Sobre estas dos cuestiones quisiera detenerme.

3. Para desarrollar las dos afirmaciones aquí formuladas, es necesario dar un paso atrás y preguntarse qué se entiende por «justicia». En efecto, sólo a partir de esta premisa se puede justificar la tesis que se propone, a saber, que la justicia consensual tiene un coste y, además, un coste nada desdeñable para un Estado que quiera llamarse social.

El tema de la definición de la «justicia» es inmenso, toca una multiplicidad y variedad de planos y perfiles que ningún escrito podría recordar por sí solo. Por ello, al abordar este tema, para los fines que aquí interesan, quisiera partir de la perspectiva italiana, y en particular de nuestra Constitución, como faro de un Estado, la República Italiana, que se declara abiertamente social.

¿Qué idea de justicia se desprende de la Constitución italiana?

Como bien señalan los constitucionalistas Andrea Simoncini y Elia Cremona en un perspicaz estudio ofrecido en las páginas de la revista *Giustizia consensua-*

---

6. Esta sería la verdadera razón de la promoción de los ADR, ya denunciada cuando surgió el llamado movimiento ADR en los años 70 en el sistema jurídico estadounidense: v., por todos, O. Fiss, *Out of Eden*, en *94 Yale L. R.*, 1669, 1971 (1971).

le<sup>7</sup>, no cabe duda de que el término «justicia» se utiliza predominantemente en nuestra Constitución para indicar «jurisdicción» y, por tanto, juicio. Esta predominante «identificación» de «justicia» con «jurisdicción» es el resultado de un doble trasfondo histórico-jurídico.

Por una parte, se sitúa en la línea de la tradición de los sistemas jurídicos eurocontinentales que, inspirada en el lema de Rudolf von Jehring «*Kampf um's Recht*» (ilucha por tu derecho!), ha defendido un enfoque preeminentemente adversarial del conflicto<sup>8</sup>; un enfoque que favorece ese automatismo por el que, una vez surgido un conflicto, a menudo es percibido inmediatamente por las partes (sólo) en su «calificación jurídica», es decir, utilizando las palabras de Francesco Carnelutti, como una «disputa», en el sentido de «conflicto jurídicamente cualificado»<sup>9</sup>. Cuando surge el conflicto, se traslada inmediatamente al plano de lo «justiciable», es decir, al plano de la pretensión de «a qué tengo derecho y puedo obtener en base a la norma jurídica»<sup>10</sup>. Norma jurídica que, en relación con la situación sustantiva dada en el caso concreto, establece qué «utilidad», es decir, qué «derecho» me asiste, y qué «derecho» puedo hacer que me reconozca el juez solicitando el ejercicio de su función de *ius dicere*.

Esto es, por otra parte, lo que se desprende de una parte importante de la Constitución italiana que, nacida de los escombros de los totalitarismos que negaban la tutela judicial a los derechos fundamentales, por un lado, los define como inviolables y, por otro, garantiza a todos el acceso a los tribunales para tutelar sus derechos e intereses legítimos, reconociendo, con una explicitud desconocida en otros ordenamientos, el derecho a accionar judicialmente, como recuerda Nicolò Trocker, con ojo de jurista constitucionalista y procesalista, en su ya clásico *Processo civile e Costituzione*<sup>11</sup>.

Un derecho, el de acceso a los tribunales, garantizado constitucionalmente y reforzado en su ejercicio por la disposición —constitucional, aunque tardíamente introducida en Italia— de la asistencia jurídica gratuita para proteger a las personas con menos recursos<sup>12</sup>, así como, en la práctica, por la existencia de

7. A. SIMONCINI, E. Cremona, *Mediazione e Costituzione*, en *Giustizia consensuale*, 2022, 3 ss.

8. Así lo pone de relieve M. Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, en *56 Modern L. Review* (1993), 282 ss., 287.

9. F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1926, 130, Id., *Lite e funzione processuale* (postilla), en *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 23.

10. G. Così, *Conoscere il conflitto*, en P. Lucarelli, G. Conte (a cura di), *Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 5, 16 ss.; Id., *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, 113 ss.

11. N. Trocker, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

12. Sobre la evolución en Italia de la asistencia jurídica a las personas sin recursos en causas civiles, v., por todos, N. Trocker, *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti: problemi attuali e prospettive di riforma*, en *Riv.*

una máquina judicial que, especialmente en comparación con otros sistemas jurídicos del *Common Law* —en primer lugar los angloamericanos— todavía parece poco costosa.

Pero, ¿es ésta la única «justicia» de la que habla la Constitución italiana? En otras palabras, leyendo nuestra Constitución, ¿concluimos que existe una coextensión limitada y necesaria de la noción de justicia y la de jurisdicción, con la consiguiente reducción de la «justicia» ámbito de los recursos jurisdiccionales? ¿O la noción de justicia va más allá de la de jurisdicción?

Pues, de la lectura atenta que Andrea Simoncini y Elia Cremona ofrecen del texto constitucional, y a la que me adhiero, el perímetro de la noción de «justicia» no coincide con el de «jurisdicción», sino que va más allá.

4. Por ejemplo, la enmienda de 1999 al apartado 1 del Artículo 111 de la Constitución, que exige que el término «juicio» vaya acompañado del adjetivo «justo» —«La jurisdicción se ejercerá mediante un juicio justo»— sugiere que las dos nociones —«juicio» y «justicia»— no se superponen perfectamente<sup>13</sup>. Y no sólo eso.

En la misma dirección van las disposiciones de la Constitución italiana que promueven la cohesión social, como, en primer lugar, el Artículo 2, parte II, de la Constitución, que obliga a los ciudadanos a respetar los deberes inderogables de solidaridad, no sólo política y económica, sino también *social*.

Pues es precisamente a partir de este precepto donde podemos observar cómo la Constitución adopta un claro *favor relations*, en apoyo de una visión del individuo no sólo como titular de derechos justiciables, y por tanto del derecho de acceso a los tribunales, sino también como titular de un deber de solidaridad social, dirigido a intentar regenerar la relación interrumpida<sup>14</sup>. Y regeneración no significa aquí reconstitución reaccionaria del *status quo ante* la aparición del

---

trim. dir. proc. civ., 1979, 65 ss.; Id., Assistenza legale e giustizia civile. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo, Milano, 1979; F. Cipriani, Il patrocinio dei non abbienti in Italia, en Foro it., 1994, V, 83 ss.; F.P. Luiso, Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, en Riv. dir. proc., 1991, 207 ss.; G. Scarselli, Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili e amministrativi, Padova, 2003.

13. Así, A. Simoncini, E. Cremona, *Mediazione e Costituzione*, cit., 18, según los cuales la referencia al adjetivo «justa» es, por tanto, a la iustitia de Agostino (AGOSTINO DI IPPONA, *De Civitate Dei*, Libro IV, 4.1: «Si no se respeta la justicia, ¿qué son los Estados sino grandes bandas de bandidos?») y ciertamente no a la mera existencia de la función jurisdiccional; la referencia es a la calidad de las relaciones entre los Estados y entre el ciudadano y el Estado.

14. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 19.

conflicto, sino transformación responsable, consciente y sostenible de la relación alterada ante su aparición (como ocurre inevitablemente en las crisis familiares)<sup>15</sup>.

En este marco, por tanto, los mecanismos de resolución consensuada de conflictos —desde la negociación a la mediación— representarían el ámbito privilegiado en el que las partes, marcadas por la ruptura de la relación, podrían cumplir con su deber constitucional inderogable de solidaridad social —sin perjuicio de su derecho de acceso a los tribunales. En las mesas de negociación y mediación las partes podrían emplear aquellos recursos relacionales que cada parte tiene el potencial de desplegar y de los que se nutre el Artículo 2, parte II, Constitución<sup>16</sup>.

Sólo en estas mesas, y no en el juicio, por otra parte, cabe imaginar la ruptura de los límites clásicos de la reconstrucción del pasado en la búsqueda de responsabilidades (mediante la práctica de pruebas) y la consiguiente aplicación de la ley general y abstracta (mediante la sentencia que separa a los malos de los buenos) para abrirse a los múltiples y complejos aspectos del conflicto, con la mirada puesta en el futuro y, por tanto, en la resolución del conflicto en su totalidad<sup>17</sup>. Es en estas mesas, de hecho, donde el conflicto puede abordarse no en la versión «descarnada» que el esquema procesal y el ritual imponen, sino en su viva carnalidad, como dice Paolo Grossi, poniendo en valor así esa circunstancia que ubica en el centro al individuo como portador de múltiples intereses, más amplios que sus posiciones jurídicas<sup>18</sup>. Éste, repiten Andrea Simoncini y Elia Cremona, es el individuo al que se refiere nuestra Constitución: no un individuo abstracto —como en la concepción puramente liberal del Estado— sino un individuo concreto, imbuido de todas sus necesidades, del que un Estado social no puede dejar de hacerse cargo para promover su pleno potencial<sup>19</sup>.

5. Ahora bien, tras haber descrito el marco constitucional en el que se desenvuelve el ordenamiento jurídico italiano, disponemos de las premisas indispen-

15. De ahí la expresión «mending justice» acuñada por M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 288, que subraya que hay «cases in which litigation is but an episode in a complex and continuing relationship; here, conciliatory justice or, as one might call it, ‘mending justice,’ has the potential to preserve the relationship treating the litigious episode as a provisional disruption, rather than a final break of the relationship».

16. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 22. Así también en mi reseña a M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Milano, 2022, publicada en *Giustizia – www.rivistagiustizia.it*, 2022, 293 ss.

17. F. DANOVI, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, en M. SALA, C. MENICCHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, Torino, 2017, 1 ss.

18. P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell’Italia unita*, Napoli, 2012, 45 ss.; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; ID., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Lectio Magistralis* leída en Nápoles el 20 de diciembre de 2007.

19. A. SIMONCINI, E. Cremona, *Mediazione e Costituzione*, cit., 18-19.

sables para abordar la cuestión que aquí nos interesa y, en particular, la primera de las tesis avanzadas al inicio de estas páginas: la justicia consensual tiene un coste, en el sentido de que conlleva *necesariamente una inversión del Estado* en los instrumentos que la promueven y, en consecuencia, en la mediación y en la negociación. Al menos si el ordenamiento jurídico italiano sigue queriendo definirse como un Estado social, tal y como establece el Artículo 3.2 de la Constitución italiana: «corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

A la luz de una lectura más profunda y atenta de la Constitución, es evidente que en el ordenamiento jurídico italiano debe hablarse de «justicia» como *sistema integrado de justicia*, que no sólo conoce, garantiza y promueve la justicia *jurisdiccional*, sino también la justicia *a-jurisdiccional* y, por tanto, *consensual* en la medida en que responde al *favor relationis* enunciado por la misma<sup>20</sup>. Pues bien, si todo esto es cierto, a la luz del Artículo 3 de la Constitución como fundamento del Estado italiano como Estado social, *éste está llamado a invertir en justicia consensual*.

Este último se convierte así no ya en un medio para reducir los costes de la justicia judicial, sino en un fin para promover la relación entre los ciudadanos, lo que permite superar el tradicional enfoque adversarial para promover (también) el enfoque colaborativo, sin perjuicio de la garantía fundamental de acceso a los tribunales prevista en el apartado 1 del Artículo 24 de la Constitución<sup>21</sup>. Y si la justicia consensual debe considerarse, ya no como un mero instrumento para rebajar la carga judicial, sino más bien como la expresión de una visión del Estado que promueve la cohesión social, entonces los costes de los mecanismos para alcanzarla no pueden externalizarse por completo a las partes en conflicto. Al contrario, como ocurre con todos los servicios esenciales del Estado —piénsese en la justicia *judicial*, la sanidad, la educación, etc.—, aquel *tiene que sufragar al menos una parte de sus costes*.

De ello se desprende que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que persiguen la autorresolución no pueden ni deben ser vistos como formas de *desinversión* del Estado en el frente de la justicia, sino que, por el contrario, representan motivos para una mayor inversión pública, aunque di-

20. En estos términos, al respecto, S. Dalla Bontà, *Giustizia consensuale*, en *Giustizia consensuale*, 2021, 1 ss., 6.

21. A. Simoncini, E. Cremona, *Mediazione e Costituzione*, cit., 16 ss.; P. Lucarelli, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, cit., 15 ss., que recuerda la teorización de la cohesión social de E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, 1893.

versificada, destinada a apoyar no sólo la maquinaria judicial, sino también los mecanismos consensuales de resolución de conflictos.

Sólo esto, además, constituye una visión madura de la justicia, capaz de contemplar el conflicto —en la bella imagen de Luciana Breggia<sup>22</sup>— como el pivote de una rueda, cuyos radios que parten de ella son las distintas vías de su solución, y en la que los mecanismos autónomos y heterónomos se complementan felizmente —nos recuerda Neil Andrews— como la doble hélice del ADN. Uno sin el otro constituiría, de hecho —como señala eficazmente Hazel Genn— «*the sound of one hand clapping*»<sup>23</sup>.

6. Aun compartiendo la idea de un necesario compromiso por parte del Estado en el ámbito de la justicia consensual y, por tanto, de su inversión en instrumentos que la promuevan, los horizontes están, sin embargo, abiertos a otras consideraciones, en las que me adentraré tomando como punto de referencia el ordenamiento jurídico italiano. Este último, en efecto, ha experimentado recientemente una importante reforma de la justicia civil y, por tanto, también de la justicia consensual, en particular en lo que se refiere a la regulación de la mediación y la negociación asistidas por abogados.

Esta reforma, adoptada en 2022, consagró abiertamente la complementariedad de la jurisdicción y los instrumentos autónomos de resolución de litigios<sup>24</sup>. Superando la idea de «alternatividad», la reforma afirma positivamente la igual dignidad de la jurisdicción y de «otros» instrumentos de resolución de conflictos, en un cambio de definición que no es meramente formal sino sustancial. Este cambio explícito de paradigma no puede sino tener implicaciones significativas en el ámbito de la inversión estatal en mecanismos de justicia consensual. Si para el Estado esto representa un *fin* a promover a la luz del dictado constitucional, y dado que los mecanismos de justicia consensual tienen un coste, este no puede recaer únicamente sobre los hombros de los litigantes, sean particulares o empresas.

22. L. BREGGIA, Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice, en *Giur. merito*, 2008, 571 ss., e Id., La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 715 ss.

23. H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, 125, según la cual «Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping».

24. V. Art. 1(4)(a), Ley de Delegación nº 206 de 2021, que define abiertamente la mediación y la negociación asistida como instrumentos de resolución de litigios «complementarios» de los órganos jurisdiccionales, previendo que, en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la reforma, se elabore un Texto Único sobre los Instrumentos Complementarios con el fin de poner orden en la disciplina, dispersa hasta la fecha en diversas normas de los instrumentos autónomos de resolución de litigios, excluyendo así el arbitraje.

Esto es aún más cierto si, como en el ordenamiento jurídico italiano, el legislador ha optado por hacer del intento de conciliación a través de la mediación o la negociación asistida por un abogado una condición de procedibilidad ante los tribunales en una determinada serie de litigios<sup>25</sup>; un intento de mediación de las partes, en caso de mediación, ante un organismo acreditado por el Ministerio de Justicia y con la asistencia obligatoria de abogado.

Lo que está claro es cómo esta opción, dirigida a fomentar ese *favor relationis* que en el enfoque tradicionalmente adversarial del conflicto ha quedado hasta ahora marginada, tiene consecuencias y... *costes* que no pueden resolverse como una mera carga para las partes. Un Estado (social) que apoye un sistema integrado de justicia *consensual* y *jurisdiccional* debe necesariamente tener esto en cuenta. Debe dar respuestas.

7. La reciente reforma de la justicia civil italiana ha intentado abordar este problema con el establecimiento de una serie de disposiciones destinadas a introducir o mejorar el apoyo financiero y fiscal a quienes recurren a la mediación y a la negociación asistida. En concreto, estas disposiciones prevén la introducción de la asistencia jurídica gratuita para la parte que inicie la mediación o la negociación asistida por un abogado cuando éstas se prevean como condiciones para la posterior interposición de una demanda y cuando el intento de mediación o negociación asistida concluya con un acuerdo<sup>26</sup>.

Además de la asistencia jurídica gratuita a favor de la parte sin medios, la reforma añade la previsión de determinados incentivos fiscales, así como otras ayudas económicas a favor del uso de la mediación. Entre ellas, la exención de los derechos de timbre por el acuerdo alcanzado en mediación hasta 100.000 euros, con la obligación de pagar sólo por la parte que exceda de esa cantidad<sup>27</sup>. Y no sólo eso. La reforma también introduce cuatro tipos de bonificaciones fiscales: tres a favor de la parte y uno para el organismo de mediación<sup>28</sup>.

En cuanto a los primeros, consisten en un crédito fiscal proporcional a la compensación abonada por la parte al organismo de mediación por los costes de puesta en marcha, los gastos de la primera sesión de mediación y las sesiones

25. Sobre las últimas intervenciones en la reforma de la justicia civil introducida por el Decreto Legislativo nº 149 de 2022, v. A.M. Tedoldi, *La mediazione civile e commerciale nel quadro della riforma ovvero: omeopatia del processo*, en *Giustizia consensuale*, 2022, 477 ss., 487.

26. V. el nuevo Capítulo II bis dedicado a «Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale» del Decreto Legislativo nº 28 de 2010.; y la nueva Sección II dedicada a «Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella negoziazione assistita» del Decreto-Ley nº 132 de 2014, convertido en la Ley nº 164 de 2014.

27. V. el nuevo Art. 17(2) Decreto Legislativo nº 28 de 2010.

28. V. el nuevo Art. 20 Decreto Legislativo nº 28 de 2010.

posteriores, hasta un importe de 600 euros, si se alcanza un acuerdo; el crédito fiscal se reduce a la mitad si la mediación fracasa. Además, dentro de los límites establecidos a continuación, existe un crédito fiscal proporcional a los honorarios abonados por la parte a su abogado por la asistencia en el procedimiento de mediación dentro de los límites previstos por los baremos y hasta 600 euros, en el caso de la mediación obligatoria y la mediación por orden judicial; el crédito fiscal se reduce a la mitad en caso de fracaso de la mediación. Estos dos incentivos fiscales podrán ser utilizados por la parte con el límite global de 600 euros por cada procedimiento y hasta un importe máximo anual de 2.400 euros para las personas físicas. En cualquier caso, la parte podrá devengar un crédito fiscal adicional proporcional a la cuota unificada abonada, cuando el juicio se haya iniciado pero se termina una vez concluida la conciliación, con el límite del importe abonado y hasta la cantidad de 518 euros.

Además del crédito fiscal a favor de la parte, existe también un crédito fiscal a favor del organismo de mediación proporcional a la indemnización no abonada por la parte beneficiaria de la justicia gratuita hasta un importe máximo anual de 24.000 euros.

8. A la luz de esta reforma, surge una pregunta: ¿son suficientes estos apoyos económicos y fiscales a la vista de las reflexiones hechas al principio sobre la relación entre justicia consensual y justicia judicial?

No se puede negar que la reforma de 2022 constituyó un primer paso en la dirección correcta, aunque todavía insuficiente para un Estado (social) que cree en la adopción de un sistema de justicia integrado y concibe la resolución autónoma de conflictos no como un medio para reducir la carga judicial, sino como un medio para favorecer la resolución del conflicto más adecuado al caso concreto, orientado, en la medida de lo posible, a la regeneración de la relación rota y, por tanto, a la recuperación de la cohesión social a través de la «capacitación» de las partes en la gestión responsable de su conflicto.

Así pues, si bien hay que felicitar por la introducción de la asistencia jurídica gratuita y de bonificaciones fiscales en favor de las partes y del organismo de mediación, no se puede dejar de señalar una serie de puntos críticos en la nueva normativa.

Por una parte, no cabe sino criticar las dificultades prácticas y de aplicación asociadas al instrumento del crédito fiscal, que, si bien pretende en abstracto proporcionar una ventaja económica, resulta a menudo engorroso y, por tanto, ineficaz en la práctica, y exige que el sujeto disponga de rentas imponibles para poder beneficiarse de él. Estas complicaciones podrían superarse sustitu-

yendo el mecanismo del crédito fiscal por la calificación de las cantidades actualmente sujetas a crédito fiscal como gastos deducibles en la declaración de la renta.

Por otro lado, en lo que respecta a la introducción (obligatoria) de la asistencia jurídica para la parte sin medios obligada a participar en la mediación para cumplir la condición de procedibilidad de la demanda judicial, el ordenamiento jurídico italiano adolece de carencias —históricas— en la regulación del *legal aid*<sup>29</sup>. Carencias que se ponen de manifiesto al comparar la legislación italiana con la de otros Estados miembros de la UE, así como con los parámetros fijados a escala comunitaria por la Directiva 2002/8/CE, cuyo objetivo es establecer reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para litigios transfronterizos.

Si no cabe duda de que, con la modificación de 2022, las normas italianas sobre asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de mediación nacional están ahora en consonancia con lo dispuesto por esta Directiva (y por la legislación italiana de transposición) —por fin, lo que estaba previsto para los litigios transfronterizos se ha introducido para los litigios nacionales, es decir, la extensión de la asistencia jurídica gratuita a los procedimientos extrajudiciales «cuando la ley los imponga a las partes, o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos» (art. 10 de la Directiva)— no pueden pasarse por alto algunas cuestiones mejorables de las normas previstas por el Texto Refundido en materia de costas procesales en relación a la asistencia jurídica<sup>30</sup>.

Estas cuestiones críticas radican en el establecimiento de un requisito de ingresos tan bajos para acceder a la asistencia jurídica que excluye a quienes (simplemente) «no tienen recursos» e incluye sólo a quienes se encuentran en una condición de (clara) «pobreza», mientras que los parámetros indicados en otros ordenamientos jurídicos de la Unión Europea permiten conceder la asistencia jurídica también a un segmento de la clase media. Se trata de una cues-

29. Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, en *Diario Oficial* n° L 026 de 31/01/2003 p. 0041 – 0047.

30. La asistencia jurídica para litigios civiles se rige por el Decreto Presidencial n° 115 de 2002 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di giustizia). Para ser admitido a la asistencia jurídica gratuita, el solicitante debe tener unos ingresos anuales imposables, resultantes de la última declaración de la renta, no superiores a 11.746,68 euros (Decreto Ministerial de 23 de julio de 2020, en *G.U.* n° 24 de 30.01.2021). Si la persona vive con su cónyuge, pareja de hecho u otros miembros de la familia, los ingresos serán la suma de aquellos obtenidos en el mismo periodo por cada miembro de la familia, incluido el solicitante.

ción que viene de lejos y que marca negativamente la historia y la actualidad italiana en materia de acceso de las personas sin recursos a la justicia<sup>31</sup>.

A esto se añade otra deficiencia persistente del sistema jurídico italiano, que es fatal cuando se quiere promover un sistema de justicia integrado que apoye tanto la justicia consensual como la judicial.

El apartado 2 del Artículo 3 de la Directiva 2002/8/CE establece cuidadosamente lo siguiente «La justicia gratuita se considerará adecuada cuando garantice: a) el asesoramiento previo a la demanda con vistas a llegar a un acuerdo antes de la presentación de la demanda».

Pues bien, esta disposición incide en un punto decisivo para la promoción de la complementariedad entre formas autónomas y heterónomas de resolución de conflictos: esa promoción, en efecto, encuentra su medio ideal de realización precisamente en el asesoramiento precontencioso ofrecido por el abogado desde la primera entrevista con el cliente-persona que padece el conflicto<sup>32</sup>. Es ahí, además, donde tiene la (primera e importante) oportunidad de tomar conciencia y responsabilidad en la gestión del conflicto, gracias a la sabia intervención del abogado llamado a ejercer su —noble— función social. Una función social que consiste sobre todo —como ha subrayado recientemente la Carta de Principios Fundamentales de la Abogacía Europea— en prevenir la exacerbación del conflicto mediante una cuidadosa exploración de los verdaderos intereses del cliente subyacentes a sus pretensiones jurídicas y la identificación de la forma más adecuada de satisfacerlos<sup>33</sup>. De hecho, es precisamente a través del asesoramiento precontencioso del abogado como la persona que experimenta el conflicto puede darse cuenta de que lo que quiere conseguir no está desligado del cómo, y a menudo este último tiene un impacto significativo en la consecución real de lo primero<sup>34</sup>.

---

31. Para una visión general de la evolución de la disciplina italiana a este respecto, v. N. TROCKER, *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti: problemi attuali e prospettive di riforma*, cit., 65 ss.; F. CIPRIANI, *Il patrocinio dei non abbienti in Italia*, cit., 83 ss.; F.P. LUIO, *Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, cit., 207 ss.; G. SCARSELLI, *Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili e amministrativi*, cit.

32. A este respecto, me remito a S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, en ID. (ed.), *Comunicare, negoziare e mediare in rete*, Trento, 2021, 153 ss., 173, disponible en <https://iris.unitn.it/>.

33. V. Comentario nº 6 de la Carta de Principios Fundamentales del Abogado Europeo, adoptada por el Pleno del CCBE, es decir, el Consejo de Colegios de Abogados de Europa, el 11 de mayo de 2007, según el cual «El abogado que, combinando todos estos elementos, persigue fielmente los intereses de su cliente y vela por el respeto de sus derechos, cumple también una función social, que es la de prevenir y evitar los conflictos (...)».

34. S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, cit.

9. Sin embargo, esto sigue siendo insuficiente. El coste de (promover) la justicia consensual exige aún más del Estado social, so pena de que su realización (o fracaso) recaiga únicamente sobre los hombros de las partes en conflicto.

Al igual que ocurre con el apoyo financiero que el Estado reserva a la máquina judicial para que pueda funcionar sin tener que depender exclusivamente de las tasas y contribuciones que pagan las partes en el proceso, lo mismo debe ocurrir con la prestación del servicio de mediación, especialmente cuando éste se solicita como paso obligatorio antes de acudir a los tribunales. Por otra parte, el apoyo financiero debe estar condicionado a la demostración de los requisitos de seriedad y calidad del servicio de mediación, que ha de estar sujeto a estrictos controles.

La calidad de la gestión e implementación de los instrumentos autónomos de resolución de conflictos es, por otro lado, un aspecto que caracteriza la promoción de la justicia integrada. Del mismo modo que el Estado es responsable de la calidad de los magistrados y abogados del Estado que ejercen la abogacía, mediante la previsión de mecanismos selectivos o de cualificación que presuponan una sólida formación jurídica y preparación en derecho y dinámica procesal, también debería serlo, *mutatis mutandis*, de la calidad de los mediadores, negociadores y abogados que asisten a las partes en los procesos de resolución autónoma de conflictos.

En este marco revisado, una nueva autopercepción de la abogacía encontraría motivos de reafirmación, abandonando una visión anticuada del abogado como mero *litigator*, para abrazar en su lugar conscientemente su nuevo papel, reconocido también por la *Corte di cassazione* italiana en una sentencia de 2019<sup>35</sup>. El nuevo papel del abogado podría definirse como un *constructor de relaciones sociales*, como un verdadero y valioso «protector» de los intereses de su cliente, como Francesco Paolo Luiso subraya al distinguir entre «protección de intereses» y «protección de derechos»<sup>36</sup>.

La época actual, como recuerda la *Corte di Cassazione* en un significativo *obiter dictum* de la citada sentencia, «marca (...) la aparición progresiva de una nueva figura profesional, con un papel en parte diferente y que está llamada a adquirir competencias relacionales y humanas suplementarias, incluida la ca-

35. Cass., 27 marzo 2019, n° 8473, en Foro it., 2019, I, 3250, con comentarios de D. Dalfino, «Primo incontro», comparazione personale delle parti, effettività della mediazione; en Giur. it., 2019, 2128, con comentarios de F.P. Luiso, Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge; en Judicium, con comentarios de P. Lucarelli, La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro; en Questione Giustizia, 2019, con comentarios de C. Giovannucci Orlandi, La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera.

36. F.P. Luiso, Diritto processuale civile. V, cit., 37-38.

pacidad de comprender los intereses de las partes más allá de las pretensiones jurídicas formuladas»<sup>37</sup>.

Pues bien, éste también es un «coste» —deontológico, pero no sólo— de la justicia consensual: el coste de un proceso de transformación cultural que, como bien dice Giovanni Verde, «no puede ser breve ni siquiera indoloro»<sup>38</sup>. Un coste que, en este proceso de replanteamiento de su propio papel, debe «pagar» esa «abogacía pletórica, a la que se ha permitido crecer [en Italia] mucho más allá de sus necesidades reales y que está acostumbrada a considerar su papel en términos de litigio suicida»<sup>39</sup>.

Sin embargo, aunque con el tiempo la abogacía estuviera dispuesta a «pagar» este «coste» repensándose a sí misma, su papel y su formación, y por tanto su «servicio», esto seguiría siendo insuficiente. De hecho, la promoción de la justicia consensual también conlleva otro coste aún más significativo, que un Estado verdaderamente social no puede evitar pagar: el compromiso de educación y formación (¡que no es información!) de toda la comunidad, empezando desde los jardines de infancia, hacia un enfoque diferente del conflicto, que sea capaz de ver, cuando surja, no sólo la (isacrosanta!) «justiciabilidad» de las propias reclamaciones legales, sino también el potencial de la propia habilidad/capacidad para gestionar responsablemente el conflicto en confrontación con el otro<sup>40</sup>.

En ello radica, además, la raíz de la autonomía privada del individuo, pero sobre todo la de su sano ejercicio, que se abre, junto a la persecución del propio interés, al cumplimiento del deber de solidaridad social sancionado por nuestra Constitución, en un equilibrio garantizado por la posibilidad de acudir a los tribunales. En tal educación-formación de la comunidad, que tiene un coste económico y humano no indiferente, se podría, sin embargo (re)descubrir esa ley de la confianza —como la llama el filósofo del derecho Tommaso Greco— que constituye la verdadera raíz del derecho, que sería tal no sólo por ser una norma acompañada de sanción-represión, sino también y sobre todo en virtud de su función primaria de regulación de la relación entre los individuos<sup>41</sup>.

37. Cass., 27 marzo 2019, n° 8473, cit., punto 3.

38. G. Verde, L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia, en Riv. dir. proc., 2022, p. 1155 ss., 1169.

39. Ibidem.

40. Sobre el tema de la formación que no es información, v. de nuevo M. Martello, Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali, cit., 92.

41. T. GRECO, Il diritto della fiducia. Alle radici del diritto, Bari-Roma, 2021, 114 ss., 143 ss.; para la traducción al español v. T. GRECO, *La ley de la confianza. En la raíces del derecho*, Madrid, 2023.

10. Sólo cuando se hayan «pagado» todos estos «costes», la justicia consensual podrá encontrar su plena manifestación y aplicación en un sistema integrado de justicia, alcanzando una dignidad efectiva igual al de la justicia judicial. No hay otro camino para que esto ocurra.

De poco o nada sirven, para su promoción, aquellos mecanismos sancionadores-represivos puestos en manos del juez cuando la controversia no ha sido resuelta en la fase conciliatoria.

Nos referimos a las disposiciones, remodeladas por la reforma de 2022, que agravan las consecuencias negativas para la parte en caso de no participación en el procedimiento de mediación en los supuestos en que el intento de conciliación es condición de procedibilidad de la demanda judicial.

En este sentido, se establece que la inasistencia de una parte a la primera reunión de mediación sin causa justificada es una conducta de la que el juez puede inferir indicios, pero sobre todo se prevé que, cuando el intento sea condición de procedibilidad de la demanda, la inasistencia permite la aplicación de importantes consecuencias pecuniarias contra el incumplidor. Por una parte, el tribunal puede condenar al demandante a abonar al Estado una suma correspondiente al doble de la tasa procesal debida por el procedimiento judicial; por otra parte, si la otra parte lo solicita, el tribunal puede condenar a la parte perdedora que no haya participado en la mediación a abonar al demandante una suma determinada que no exceda, como máximo, de los gastos ocasionados tras la conclusión del procedimiento<sup>42</sup>.

Se trata de consecuencias nada desdeñables que, si bien se dirigen a incitar a las partes «a tomarse en serio el intento de mediación», acaban, sin embargo, otorgando al juez un importante poder discrecional a la hora de valorar las «razones justificadas» de la no participación en la mediación, así como a la hora de fijar las cantidades a imponer a la parte que no participó.

Estos también son «costes» de la justicia consensual, pero son aquellos costes que se mencionaban al principio de estas reflexiones como *una mera carga para las partes* en conflicto en busca de una solución. Se trata de «costes» cuya provisión responde a la lógica represivo-punitiva antes mencionada, una lógica, sin embargo, que no es ni deseable ni apropiada para promover un sistema integrado de justicia. Por el contrario, estos costes están vinculados a la ecuación repudiada en la introducción, es decir, la que considera el recurso a las ADR como un mero medio de reducir los gastos del Estado en el ámbito de la

---

42. V. el nuevo Art. 12 *bis* Decreto Legislativo nº 28 de 2010.

justicia judicial, y no «en cambio» como un... nuevo ámbito de inversión del Estado social para la plena realización de su visión, madura por ser integrada, de la justicia.

Sin embargo, tal lógica —basarse exclusivamente en la «sanción en el curso del proceso» por la no participación de la parte en el procedimiento extrajudicial— no sólo sería contraria al espíritu de la idea renovada de justicia mutuamente complementaria, sino que incluso sería económicamente desventajosa para el Estado. Sólo cuando las partes en conflicto se sientan dispuestas a intentar una gestión constructiva y responsable del conflicto podrán ejercer sanamente su autonomía privada y crear las condiciones para un acuerdo duradero y sostenible. No será así, en cambio, si las partes abordan la vía consensual bajo la amenaza de las fuertes sanciones en que pueden incurrir en el proceso tras un fracaso de la mediación.

Los acuerdos que ponen fin a un conflicto de forma duradera y sostenible no son los que surgen bajo la conminación de una sanción financiera posterior, sobre todo porque siempre habrá quienes puedan soportar esas sanciones y quienes no<sup>43</sup>. Los acuerdos que surgen de esta amenaza, de hecho, la mayoría de las veces, resultan ser sólo una «tregua» temporal, en virtud de la cual el conflicto seguirá fluyendo por debajo, a menudo destinado a resurgir, tal vez en una forma diferente y aún más exacerbada, en nuevas disputas ante el poder judicial, con un mayor empobrecimiento de las arcas del Estado, que se pretendían preservar, y laceración de la sociedad, que se pretendía cohesionar<sup>44</sup>.

Se trata de un círculo vicioso que sólo puede romperse si el Estado (social) toma conciencia de la necesidad de asumir el coste «virtuoso» de la justicia consensual. Por otro lado, si bien es cierto que la justicia consensual es costosa, su efecto beneficioso no tiene precio para la sociedad.

---

43. S. DALLA BONTÀ *Giustizia consensuale*, cit., 7, donde subraya que «il traguardo maturo, perché realmente arricchito ed arricchente (...) di una giustizia «completa» frutto della co-esistenza di quella giurisdizionale ed a-giurisdizionale (è quello che deriva da) un rapporto non di reciproca esclusione, bensì di compiuta complementarità. Un rapporto, che per essere tale presuppone peraltro l'efficienza certa della giustizia giurisdizionale. Quella della giustizia a-giurisdizionale, infatti, è giocoforza direttamente proporzionale a quest'ultima, dal momento che nella lite vi è sempre chi, conoscendo le disfunzioni della macchina giudiziaria, ha il vantaggio di trarne profitto. La complementare co-esistenza delle «giustizie» diventa così sfida ad una loro co-efficienza».

44. Enunció que el acuerdo de resolución del conflicto alcanzado tras el juicio sólo podía ser una «truce» (una tregua temporal), O. Fiss, *Against Settlement*, en 93 *Yale L.J.*, 1073, 1075 (1984).



ROCESSUS



IUDICII

El acceso a los tribunales está en buena medida condicionado por el coste que al justiciable le comporta litigar en defensa de su derecho. La garantía de la tutela judicial efectiva no solo se orienta al establecimiento de un sistema judicial eficaz y eficiente. También debe comprender la financiación de los costes que razonablemente le pueden suponer al justiciable. La limitación de recursos del Estado puede justificar que el derecho a litigar gratuitamente sólo se reconozca a quienes carecen de recursos para afrontar el riesgo que supone un proceso. Su delimitación siempre puede ser objeto de debate, pero el surgimiento de otras formas de financiación, por terceros, parece manifestar su insuficiencia. Por otra parte, esa financiación por terceros se condiciona en buena medida a la probabilidad de un resultado favorable. Ahora bien, obtenido un pronunciamiento favorable, ¿lo es plenamente? ¿Qué razones hay para limitar o excluir el reintegro de las costas que necesariamente ha habido que afrontar? Al indagar en ellas se advierte cómo ha ido ganando terreno la preocupación del legislador por aliviar la factura de la Justicia que corresponde al Estado. ¿Acaso no late esta motivación en el impulso que se da a los medios negociales de solución de conflictos? ¿Qué coste tienen estos? ¿Preferirán las partes sacrificar o hacer dejación de su derecho a la vista del coste que comporta su tutela y de la improbabilidad de su reembolso? ¿Tiene el sistema que hacerse eficiente?

El régimen de la ley, los estándares europeos, la discrecionalidad judicial, los acuerdos de las partes, los mecanismos facilitadores del acceso a la Justicia —la asistencia gratuita, la financiación por terceros, las pólizas de seguro— son elementos que se encuentran en un momento de revisión. En estas páginas el lector encontrará una exposición detallada del régimen actual de financiación de la Justicia y de los gastos procesales y una reflexión crítica sobre las nuevas orientaciones que, por una parte, remueven principios que parecían asentados y, por otra, plantean retos en los que existe el riesgo de deslizarse por derroteros de incierto recorrido y dudoso destino, pues, al fin y al cabo, está en juego la tutela judicial.

ISBN 978-84-19773-28-9



9 788419 773289