

EN DEFENSA DE LA LITIGACIÓN
Estudio sobre el valor democrático del proceso civil

ALEXANDRA LAHAV

EN DEFENSA DE LA LITIGACIÓN

Estudio sobre el valor democrático del proceso civil

Traducción de
Carla Lucero Tarifa Dianderas

PALESTRA EDITORES

LIMA – 2024

EN DEFENSA DE LA LITIGACIÓN
Estudio sobre el valor democrático del proceso civil
Alexandra Lahav

Primera edición, marzo 2024

© 2024: ALEXANDRA LAHAV

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.
Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú
Telf. (+511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© 2024: DE LA TRADUCCIÓN: CARLA LUCERO TARIFA DIANDERAS

Traducción de la obra original: *In Praise of Litigation*, Oxford: Oxford University Press, 2017.

Impresión y encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S. A. C.
Mz. E, Lt. 15, Urb. Santa Rosa de Lima, Los Olivos, Lima, Perú
Marzo, 2024

Cuidado de estilo y edición:
MANUEL RIVAS ECHARRI

Diagramación:
JOHN PAOLO MEJÍA GUEVARA

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-02526

ISBN:978-612-325-000-0

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

PREFACIO	9
RECONOCIMIENTOS	17
INTRODUCCIÓN	19
Una fuerza para la democracia	19
La contribución de la litigación a la democracia	29
Panorama de la litigación.....	35
Litigación buena contra mala	46
Restricciones a la litigación.....	54
La clave para la reforma es entender lo que está en juego	70

Capítulo 1:

EFFECTIVIDAD DEL DERECHO

Tres tipos de regulación	78
Regulación por agencia.....	79
Regulación mediante demandas del gobierno	83
Regulación por demandas privadas.....	85
¿Cuán efectiva es la litigación?	89
Litigación, activismo y el caso de los derechos civiles	90

CONTENIDO

El poder de <i>enforcement</i> de la responsabilidad civil.....	99
General Motors y el costo de los topes a los daños	101
<i>E. Coli</i> y la laxa regulación del gobierno	103
El caso de la litigación por negligencia médica.....	105
El rol de la efectividad del derecho en la sociedad civil.....	111

Capítulo 2:

EL PODER DE LA INFORMACIÓN

Obtener la información	118
La crítica al <i>civil discovery</i>	134
Amenazas a la transparencia.....	140
El valor público de la transparencia	154

Capítulo 3:

PARTICIPACIÓN EN EL AUTOGOBIERNO

Participación como litigante	158
El reto de la autorrepresentación.....	163
El reto de la litigación colectiva	166
Autogobierno a través del servicio como jurado	178
Ayudar a los jurados a hacer su trabajo	191
Litigación, motivación y democracia	198

Capítulo 4:

IGUALDAD ANTE LA LEY

Por qué la igualdad formal no es suficiente	204
Cómo la desigualdad en el proceso distorsiona el derecho.....	207
Cómo el derecho protege la igualdad.....	210

CONTENIDO

Retos de la igualdad ante las cortes	217
Igualdad de resultados en los casos	232
El significado de la igualdad ante la ley	245
EPÍLOGO.....	247

PREFACIO

Este libro defiende que la litigación es crucial para la democracia americana. La litigación da la posibilidad a las personas de proteger y promover los valores democráticos fundamentales durante la tramitación de un caso judicial. Los procesos hacen que el derecho *sea efectivo* al obligar a los transgresores a responder por su conducta; aumentan la *transparencia* al obtener de los adversarios información que a menudo beneficia al público; y, al hacerlo, ayudan a las personas a *participar* en el autogobierno. Todo esto es posible cuando las cortes tratan a los litigantes como *iguales sociales* ante la ley. La crítica a la litigación que comúnmente hacen las personas que ocupan posiciones importantes, incluyendo jueces y legisladores, no valora cuán vital es esta para el funcionamiento exitoso de la democracia. El objetivo de este libro es llevar la atención hacia ese rol infravalorado de la litigación.

Los críticos de la litigación se enfocan en los costos. En una serie de decisiones que requerían a los demandantes presentar más información para poder interponer una demanda ante una corte federal, incluso si esa información únicamente estaba en manos de la persona a quien querían demandar, la Corte Suprema enfatizó que el proceso “exige grandes costos en términos de eficiencia y el empleo de tiempo

y recursos valiosos”. En otros casos, la Corte Suprema ha puesto de manifiesto la preocupación de las empresas respecto al riesgo de acuerdos “*in terrorem*” —en otras palabras, que el temor a ser declaradas responsables causaría que lleguen a acuerdos incluso en casos sin mérito. En el Congreso, han pasado leyes destinadas a frenar la litigación con nombres como *Lawsuit Abuse Reduction Act* y *Fairness in Class Action Litigation Act*, y se han aprobado otras para limitar el acceso a las cortes para tipos particulares de demandas, como asuntos bursátiles y casos sobre prisioneros. Estas visiones encuentran apoyo en la opinión pública y el sentimiento popular crítico hacia los abogados y los procesos judiciales. Un libro que denigraba la litigación proceso, *The Death of Common Sense* de Philip K. Howard, fue un *bestseller* del *New York Times*. El Congreso y las cortes han reaccionado a estas percepciones poniendo más y más barreras a la litigación. Si esta tendencia continúa, terminará por socavar la democracia en los Estados Unidos¹.

¹ La frase “exige grandes costos” viene del caso *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662, 685-86 (2009); la expresión acuerdos “*in terrorem*” viene de *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 350 (2011). La *Lawsuit Abuse Reduction Act* del 2013, H.R. 2655 (Congreso 113º 2013-14) pretendía “prevenir demandas frívolas y ayudar a disipar la cultura jurídica del miedo que ha llegado a permear la sociedad americana”, *House Report* 113-255, al exigir sanciones monetarias obligatorias a las personas que presenten demandas frívolas. La ley no define el término “frívolo”. La *Fairness in Class Action Litigation Act*, H.R. 1927, buscaba limitar la disponibilidad de las *consumer class actions* porque estas demandas “comprometen la apropiada administración de justicia y dañan la economía de los Estados Unidos agrupando personas no dañadas y dañadas en la misma clase, inflando enormemente su tamaño, y presionando indebidamente a las empresas a llegar a acuerdos, a expensas de los consumidores que se ven forzados a pagar precios más altos con el fin de compensar los costos de los procesos contra empresas estadounidenses”. *House Report* 114-328. Las leyes que intentan hacer más difícil la presentación de demandas, pero sin alterar el derecho sustantivo, incluyen la *Prison Litigation Reform Act*, § 1997(e) del 42 *United State Code* (en adelante, U.S.C.) y la *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995, § 78u-4 del 15 U.S.C. Para los *bestsellers* contra de la litigación, véase Philip K. Howard, *The Death of Common Sense: How Law Is Suffocating America* (2011). Otros libros contra de la litigación, aunque no en la lista de los *bestseller*, han tenido una profunda influencia en el debate. Entre ellos destaca Walter K. Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit* (1992).

El juez Learned Hand escribió famosamente que después de “(...) algunas docenas de años de experiencia, debo decir que como litigante debería temer más a un proceso que a casi cualquier cosa, salvo una enfermedad o la muerte”. Mucho menos notado es lo que escribió apenas pocas líneas después en ese mismo ensayo: “Donde existe, la administración de justicia es un buen test de civilidad de las personas; muestra su interés por la igualdad, su libertad para adaptarse a nuevas condiciones y su coraje en proteger a los débiles y controlar a los rapaces”². Hoy la segunda afirmación es demasiado frecuentemente ignorada, pero no menos importante que la primera. Este libro pretende mostrar por qué es así.

En todo el libro están implícitas dos cepas de pensamiento político y jurídico que deben hacerse explícitas. Ambas tratan de un problema fundamental, que fue delineado por John Rawls al comienzo de su libro *Political Liberalism*: “¿Cómo es posible que pueda existir a lo largo del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente divididos por razonables, aunque incompatibles, doctrinas religiosas, filosóficas y morales?”. Este libro no pretende responder a esta difícil interrogante, pero sugiere que la litigación es una forma de resolver continuamente los conflictos que derivan de las profundas divisiones que inevitablemente surgen en una sociedad heterogénea, y de evitar que una parte u otra recurran a la violencia. En su mejor versión, el proceso de litigación es un intercambio de argumentos razonados. En este sentido, este libro se

² Learned Hand, *The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter* en 3 Lectures on Legal Topics, Association of the Bar of the City of New York 105 (1926). La primera sentencia es citada en *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, 642-43 (1985) (seguida por la declaración “Pero no podemos apoyar la afirmación de que un proceso, como tal, sea un mal”); *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982) (sosteniendo que el ex presidente estaba investido de inmunidad frente a la responsabilidad por daños derivada de sus actos oficiales); *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 380, 393 (1972) (Douglas, J., disidente); *Ullman v. U.S.*, 350 U.S. 422, 444 (1956) (Douglas, J., disidente). No he encontrado evidencia de que la segunda frase del juez Hand haya sido citada en alguna *judicial opinion*.

ubica en la tradición del *Legal Process*, una escuela de pensamiento jurídico que surgió a mediados del siglo XX y se centra en los procesos de elaboración y ejecución del derecho como forma de alcanzar la justicia. La teoría del *Legal Process* expresó una fe permanente en el poder de los argumentos razonados para tender puentes entre los espacios de desacuerdo en una sociedad pluralista. No quiero dar a entender que los principios sustantivos no sean necesarios —de hecho, son la razón por la que la gente demanda y el sentido más profundo de lo que es la litigación—. Tampoco quiero decir que el proceso de litigación establecerá inevitablemente un sentido compartido de *cuáles* principios sustantivos deberían regir. Los juicios recurrentes sobre cuestiones de naturaleza particularmente contenciosa demuestran que el conflicto persiste. Sin embargo, al aprovechar el lenguaje común del derecho y exigir la presentación razonada de pruebas y argumentos, la litigación proporciona un buen punto de partida para la deliberación. Esta es la fuerza del *legalismo*³.

La segunda cepa de pensamiento en la cual este libro se inspira es el trabajo de filósofos políticos como Amy Gutmann y Dennis Thompson y su teoría de la democracia deliberativa. Estos filósofos destacan la importancia de tener un proceso compartido para determinar y repensar la justicia, un proceso que exprese la autonomía individual y el consentimiento de los gobernados a través de alguna forma de deliberación razonada. En los Estados Unidos, las cortes proporcionan un foro para este tipo de deliberación, y la litigación es el medio por el cual se realiza⁴. Al recopilar y divulgar información, desarrollar y

³ La frase en el texto es de John Rawls, *Political Liberalism* (2ª ed. 1996). Sobre la escuela del *Legal Process*, véase en general Neil Duxbury, *Faith in Reason: The Process Tradition in American Jurisprudence*, 15 *Cardozo Law Review* 601 (1993). Sobre la compleja relación entre derecho y violencia, véase Robert M. Cover, *Violence and the Word*, 95 *Yale Law Journal* 1601 (1986). Para una crítica al legalismo, véase Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials* (1986).

⁴ Para una revisión general sobre democracia deliberativa, véase Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (1998).

presentar argumentos razonados en un entorno público, el proceso no solo promueve la deliberación democrática —*es* deliberación democrática—. La fe en la argumentación razonada es el fundamento intelectual sobre el que se asienta este libro, pero el libro en sí es una mirada pragmática de la litigación desde la perspectiva de los valores democráticos centrales sobre los que espero haya amplio consenso.

La ventaja de la litigación no es que en cada caso se llegue siempre al resultado correcto. No es para nada claro que la deliberación razonada siempre conduzca a resultados que todos nosotros, individual o colectivamente, encontraríamos sustancialmente justos. Los Estados Unidos han tenido un gran progreso hacia la inclusión, pero a menudo, parece, los desarrollos en pro de una sociedad más justa se revierten en un proceso de contracción cuando prevalecen los argumentos opuestos. En realidad, ni siquiera se puede decir que tengamos un consenso nacional sobre cuáles desarrollos de nuestra sociedad nos acercan a la justicia y cuáles nos llevan al camino opuesto. Como veremos, la litigación es tanto parte del avance del progreso como de su contracción. Aun así, al exigir argumentos razonados, pedir a los participantes que presenten pruebas y argumentos y que desafíen las pruebas y argumentos de la otra parte, el proceso puede proveer un importante foro para materializar ideales deliberativos y permitir un debate informado, especialmente cuando los individuos participan en pie de igualdad.

Este libro defiende la litigación, pero no pretende ser una oda ingenua al sistema de cortes estadounidense. En cambio, es un intento de arrojar nuevas luces sobre las formas en que la litigación beneficia a nuestra democracia. El objetivo de este libro no es convencer de que vivimos en el mejor de todos los mundos posibles con respecto a la litigación, porque no es así. Hay muchas cosas equivocadas con la litigación en los Estados Unidos, y estos problemas han sido señalados por críticos de la derecha e izquierda del espectro político. Uno podría pensar, sin embargo, que la litigación es *todo* costos y cero beneficios. Tanto *policy-makers* como jueces parecen haber olvidado que los casos

judiciales son una institución social con beneficios democráticos, y, como resultado, han estado dispuestos a defender reformas al sistema jurídico que limitan el número de casos sin considerar que esas limitaciones erosionan nuestra forma democrática de gobierno.

El propósito del libro es destacar el rol infravalorado de la litigación para mejorarla. Para entender cómo esta opera realmente en nuestra sociedad —y lo más importante, cómo podría operar mejor— necesitamos entender sus fortalezas y debilidades. Durante la mayor parte del libro, exponemos primero los argumentos positivos a favor de la litigación, luego las críticas que nos permiten ver plenamente del papel que juega la litigación en un mundo real e imperfecto, y por qué los valores democráticos deberían ser nuestra guía para mejorarlo. El sistema de cortes en los Estados Unidos debe mejorarse, y los valores democráticos son la vara para medir las reformas propuestas.

Cuando se presentan argumentos a favor de la litigación, uno se pregunta naturalmente cómo se compara a otras instituciones sociales. Este libro solo considera otras instituciones en el contexto de la discusión de la aplicación del derecho, pero por lo demás se centra exclusivamente en la institución social del proceso y su contribución particular a la democracia. El tema del rol y la efectividad de la litigación en la consecución de los valores democráticos en comparación a otras instituciones de los Estados Unidos y del extranjero requeriría un volumen adicional, y aunque sería una contribución valiosa, no es objeto del presente.

En un esfuerzo por racionalizar argumentos positivos en favor de la litigación y para abordar las objeciones clave, gran parte de la discusión de los debates académicos sobre aspectos específicos del proceso y algunos de los contraargumentos más complejos se desarrollan en las notas. La literatura jurídica sobre reglas procesales específicas —sus costos, beneficios y valor— podría llenar muchos volúmenes, y aunque es fascinante e importante, este amplio campo no es el foco del presente estudio. Para los lectores interesados en seguir estos debates, las notas apuntan a fuentes que desarrollan

rigurosamente argumentos específicos más allá de lo que este volumen puede acomodar. Mi esperanza es que este libro sea accesible al lector no especializado, y al mismo tiempo proporcione a los académicos una nueva apreciación de la litigación como parte clave del proyecto democrático con el objetivo final de iniciar una conversación sobre por qué la litigación importa y qué se puede hacer para mejorarla.