

El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal**

The impact of the dialogue between substantive law and procedural law

RESUMEN

La justicia o equidad procedimental sustentan la realidad de unión e interdependencia, mas no la de la dicotomía, entre sustancia y procedimiento. Es por ello que el énfasis en la dignidad individual ante los órganos del Estado es entendido por el juez como un derecho de dignidad del ser humano. Aunque tradicionalmente el procedimiento ha sido entendido como intrínsecamente sustantivo, ahora también debemos apreciar que la sustancia es inherentemente procesal. La construcción del derecho sustantivo implica suposiciones acerca de los procedimientos que se aplicarán cuando, en última instancia, se utilice ese derecho sustantivo. Esos procedimientos se inscriben en el derecho sustantivo, y en caso de inaplicación darán lugar a una infracción del mandato sustantivo. Así entonces, la justificación pública de la participación como estrategia respetuosa de la dignidad humana, con mecanismos que ponderan el discurso, pero también el derecho a la verdad y la ponderación de lo justo (para aceptar la legitimidad de una decisión), imponen procedimientos que establezcan un diálogo sólido entre el derecho sustantivo y el derecho procesal.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal, derecho material, derecho, participación, justicia procedimental.

* Magíster y doctor en Derecho por la Universidad de Colonia, Alemania. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte (Antofagasta, Chile). Contacto: alvaro.perez01@ucn.cl

** Artículo financiado por el proyecto de investigación Fondecyt Regular n.º 1150468, “Gestión y dirección eficiente de procesos civiles”.

Recibido el 15 de agosto de 2017, aprobado el 15 de febrero de 2018.

Para citar el artículo: PÉREZ RAGONE, Á. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 255-283

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.10>

ABSTRACT

Justice or procedural fairness supports the reality of union and interdependence, not of dichotomy between substance and procedure. The emphasis on individual dignity before the organs of the state, especially the one that is treated here, the judge is understood as a right of dignity of the human being. Although we have known that the procedure is inherently substantive, we must now appreciate that the substance is inherently procedural. The construction of the substantive law implies assumptions about the procedures that will be applied when that substantive right is ultimately applied. These procedures are part of the substantive law and, if not implemented, will result in a breach of the substantive order. The public justification of participation as a strategy with respect to human dignity, with mechanisms that ponder the discourse, but also the right to the truth, finally with the consideration of the just to accept the legitimacy of a decision imposes procedures that establish a solid impact between both spheres.

KEYWORDS

Procedural law, substantive law, participation, procedural fairness.

SUMARIO

Introducción. 1. Sustancia y proceso: esbozo histórico. 2. El derecho procesal como manejo de riesgos. 3. Tomando la justicia procedimental en serio. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El contraste, dicotomía o antinomia entre el derecho sustantivo y el derecho procesal ha sido en la historia (y aún lo es) un objeto de discusión y elaboraciones dogmáticas y legislativas variadas. Es comprensible el porqué se intentó construirlos como mundos paralelos, pues el procedimiento es un instrumento de poder y en la práctica puede generar menoscabo en la sustancia¹. Así por ejemplo, la falta de adecuados recursos humanos en el sistema de administración de justicia, como también la disfuncionalidad del sistema, mina y afecta al propio derecho sustantivo.

La formulación de supuestos con base en los cuales se deben reconocer derechos y obligaciones es más o menos operativa según el procedimiento

1 MATSUMOTO, H. Materielles Recht und Prozessrecht in der Dogmatik des Zivilprozessrechts. En: STÜRNER, R. (ed.). *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1210, 203-210.

para su aplicación. En lo que respecta a este artículo, se toma el caso del procedimiento judicial, y por tanto se excluyen del análisis otros ámbitos como el administrativo, el legislativo e incluso el constitucional². Así las cosas, nos enfocamos en aspectos cuales las acciones de tutela de intereses colectivos, la prueba judicial, la aplicación del derecho sustantivo y procesal debido en un caso del derecho internacional privado, y la ejecución, en los que siempre es necesaria la consideración recíproca tanto de lo sustantivo como de lo procesal³. Es así como el impacto recíproco entre las esferas procesal y sustantiva impone la necesidad de un diálogo entre ellas⁴. De allí que este artículo pretenda analizar tal diálogo, en cuanto al uso retórico y normativo de dicotomías aparentes, para formular una visión “superadora procesal” del derecho sustantivo y “sustantiva” del procesal⁵.

Jeremy Waldron distingue tres maneras posibles de concebir el imperio de la ley⁶. En primer lugar, se puede pensar en el Estado de derecho definido por los requisitos formales. En segundo lugar, el imperio del derecho exige garantías procesales de participación y audiencia en el tribunal, como la asistencia de un abogado, un juez imparcial y un juicio justo, garantías que protegen y fluyen de la propia dignidad humana. En tercer lugar es exigencia sustantiva del propio estado de derecho la existencia de procedimientos judiciales y legislativos al servicio de lo sustantivo. A partir de esta visión puede verse la interrelación que ya hemos planteado entre lo procedimental y lo sustantivo.

Este artículo gira en torno a la duda sobre si los llamados derechos procesales constituyen una categoría independiente de los sustantivos, o si los derechos procesales son componentes de los derechos sustantivos (¿viceversa?), solo diferenciables conceptual y enunciativamente⁷. Habré de convencer de que

2 Sobre los diferentes criterios de clasificación véase el aporte sistemático de POPP, A. *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005, 89 ss.

3 Ver CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. Políticas, trends and ideas in Civil Procedure. En: *xvi International Encyclopedia of Comparative Law 14*. Nijhoff y Mohr Siebeck, 1987: “Procedural law therefore is necessarily interdependent with substantive law, and neither is of much value without the other”.

4 Sobre la polisemia y las múltiples aristas teóricas y especialmente empíricas del “impacto del derecho” en general, en lo que corresponde para este caso del impacto entre los mundos procesal y sustantivo, véase FRIEDMAN, L. M. *Impact how law affects behavior*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016, 5-10.

5 Cfr. COMOGLIO, L. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, 39 ss.; CAVANI, R. Decisión justa: ¿mero slogan? –por una teorización de la decisión judicial para el proceso civil contemporáneo–. *Justicia*. 2015, 1, 335-383.

6 WALDRON, J. *The rule of law and the importance of procedure*. En: FELMING, J. (ed.). *Getting to the rule of law. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. New York: New York University Press, Nomos, 2011, 3-32.

7 Cfr. TARUFFO, M. Derecho sustancial y procesal. En: PRIORI, G. (coord.). *Derecho material y proceso*. Lima: Palestra, 2017, 13-19.

esto último es cierto y de que los derechos procesales tales como “el derecho al patrocinio letrado”, “a una audiencia” o “el derecho a la prueba” son normativamente defendibles solo por referencia a una completa elaboración de los derechos sustantivos debido a que ambos se implican mutuamente⁸. Por ello se sostiene que el procedimiento es intrínsecamente sustantivo.

También debemos apreciar que los derechos sustantivos tienen un componente inherentemente procesal. La construcción del derecho sustantivo implica suposiciones acerca de los procedimientos que mejor garantizarán el respeto, restablecimiento y realización del derecho sustantivo que de no ser observados podrían dar lugar a una distorsión del proyecto del mandato sustantivo⁹. Entender que el procedimiento es sustantivo y que la sustancia es procedimental desvirtúa dos mitos: (i) que hay una dicotomía sustancia-procedimiento y (ii) que el procedimiento es un socio inferior contingente. Una antinomia procedimiento-sustancia que se introdujo con fines teóricos y que fue impulsivamente codificada como una dicotomía rígida¹⁰.

La propuesta de las categorías sustancia y procedimiento como mutuamente excluyentes y exhaustivas parece desafiar la realidad. Cada vez que se llega a la pregunta sobre la justicia procedimental, más irrazonable parece no considerar que algunos temas, de por sí, imponen adentrarse tanto en lo sustantivo como en lo procesal, como por ejemplo –sin ser exhaustivo– la carga de la prueba o los procesos de incidencia colectiva. Lo anterior también se hace evidente cuando se manipula abusivamente un proceso judicial para obtener un beneficio sustantivo que no correspondía¹¹.

Estas categorías dejan de ser dicotómicas para transformarse en complementos necesarios entre sí. Por supuesto que en concreto una norma puede aparecer como más sustantiva o más procesal (o eventualmente ser ambas), llegado el caso exarcebando tal dualidad hasta extremos de antinomia o dicotomía que resulten cuanto menos estimulantes. Pero otro asunto es cosificar aquello y forzar consecuencias poco menos que peligrosas. Los procedimientos (en un sentido muy práctico) pueden implicar la negación o el reconocimiento de derechos sustantivos¹². De la misma forma, los arquitectos del derecho sustantivo prevén consciente o inconscientemente un procedimiento asociado. Así la ley sustantiva ideal más perfecta carece de sentido a menos que

8 Cfr. REIMER, P. *Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, 66-72.

9 Cfr. WALDROM, J. *The Law*. London: Routledge, 1992, 167.

10 Cfr. LAUTMANN, R. *Justiz – die stille Gewalt*. 2.^a ed. Wiesbaden: Lehmanns, 2011, 15-25.

11 BREIDENSTEIN, M., *Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, 1 ss.; cfr. STEPHENS, P. Manipulation of procedural rules in pursuit of substantive goals: A reconsideration of the impermissible collateral attack doctrine. *24 Ariz. St. L.J.*, 1993, 1109.

12 LAYCOCK, D. How remedies became a field: A history. *27 Rev. Litigation*, 2008, 161, 166-169.

vislumbre los riesgos de su aplicación o desobediencia¹³. En tal sentido, el derecho sustantivo no puede cumplirse de cualquier forma, con abstracción del procedimiento o con cualquier procedimiento; por el contrario, necesita pensar en este de manera adecuada¹⁴.

Es posible ejemplificar con casos que evidencian lo sustantivo de los procedimientos y lo procedimental de lo sustantivo. Así, (i) es posible encontrar normas procedimentales que tengan función sustantiva inmediata. Verbigracia, al ordenar que determinados actos jurídicos solo puedan probarse por escrito (o prohibiendo prueba testimonial sobre aquellos), la norma procesal genera consecuencias respecto de la manera como se comportarán las partes en el momento de celebrar un contrato y hacerlo escriturar, en lugar de concluirlo de manera meramente verbal. De hecho, dicho tipo de norma suele estar incluida en códigos sustantivos y no procesales. (ii) También es posible encontrar procedimientos que en sus decisiones fijan reglas de conducta sustantiva, por ejemplo, la forma en la que se deberá ejercer un derecho reconocido en la decisión judicial. Una decisión que condene o meramente declare y regule un derecho, es fuente sustantiva directa de la conducta.

Luego de determinar que ambas categorías no son dicotómicas, queda justificar cómo se interrelacionan y el control de justicia procedimental al que está sujeto el ejercicio de los derechos procesales. Esta es una tarea mayor que examinará valores intrínsecos en las normas y derechos procesales que moldean la participación, ello es, no acudir a valores morales previos o superiores a partir de los cuales el procedimiento es un mero instrumento. Más bien, ya el debido o justo proceso pareciera tener en sí valores propios que lo delimitan y que integran la justicia procedimental¹⁵.

En la primera parte se esbozan algunos rasgos de la historia continental y anglosajona sobre la relación sustancia-procedimiento, lo que ayuda a explicar la fragilidad de los intentos de justificar categorías dicotómicas. En una segunda parte se desarrollan las relaciones entre lo sustantivo y lo procesal por la importancia de la regulación del riesgo. En la tercera sección se desarrolla la justicia procedimental, cuya defensa se sostiene en la visión sustantiva del proceso judicial y en la procedimental del derecho sustantivo.

13 BONE, R. Who decides? A Critical look at procedural discretion. *28 Cardozo L. Rev.* 2007, 1961-1996; DWYER, J. The pathology of symbolic legislation. *17 Ecology L.Q.* 233, 1990, 120.

14 EASTERBROOK, F. Substantive due process. *Sup. Ct. Rev.* 85, 1982, 112-120.

15 Se plantea así, verbigracia, el caso del *abuso del proceso* que en algunos modelos procesales depende de valores morales abstractos como la buena fe, la lealtad, la probidad, mientras que en las tradiciones anglosajonas integra cláusulas de debido y justo proceso o trato equitativo; ver, p. ej., TARUFFO, M. General report abuse of procedural rights: Comparative standards of procedural fairness. En TARUFFO, M. *Abuse of procedural rights*. The Hague: Kluwer L. International, 1999, 3-29, esp. 5-7; ver un aporte contemporáneo del autor sobre el exceso de moralismo al respecto, en TARUFFO, M. Abuso del proceso. *Contratto e impresa*. Vol. 31, 2015, n.º 4-5, 832-846.

Su tutela y realización por un tribunal debe respetar niveles de persuasión jurídica, fáctica y procesal que lo respete y no distorsione.

1. SUSTANCIA Y PROCESO: ESOBOZO HISTÓRICO

Hasta mediados del siglo XIX no se vislumbraba la posibilidad de distinguir entre los planos procesal y sustantivo dentro de la tradición continental. La doctrina recurría a conocidas definiciones romanistas, como la de Celso, que decía que “la acción no es nada más que el derecho de alguien para perseguir en juicio lo que le es debido” (*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*). Se ponderaba el perfeccionamiento de ello, cuando no limitándose a colocar el acento sobre la expresión “lo que le es debido” (*quod sibi debetur*), para advertir la necesidad de su complemento con “lo que es suyo” (*vel quod suum est*). La finalidad de esa afirmación era la de explicitar que hay un derecho a perseguir en juicio lo que es debido, y lo que es suyo, dejando claro que la definición también comprendía los derechos reales¹⁶, y no solo las obligaciones o prestaciones¹⁷.

En esa época, algunos doctrinarios veían a la acción como una faceta del derecho material, o como el derecho material violado en estado de reacción¹⁸, mientras que otros la explicaban como un derecho nuevo, derivado de la violación del derecho material, teniendo por contenido una obligación del adversario para hacerla cesar. Ese “derecho nuevo” era concebido como uno que, naciendo de la violación del derecho material, debería ser ejercido contra el infractor, estando muy lejos de constituir un derecho autónomo en relación con el derecho material¹⁹. Así en torno a la teoría de la acción se fueron elaborando construcciones que aún hoy generan discusiones históricas y dogmáticas.

Lo propio también sucedió en el derecho anglosajón en torno a la formulación de las esferas sustantiva y procesal, en donde la coyuntura histórica y el Iluminismo coadyuvaban para que se convirtiesen en categorías cuya discusión sobre su delimitación sea imposible de cerrar. No considero pertinente profundizar históricamente sobre la cuestión, por lo que haré solo algunas referencias a la historia, para evidenciar cómo se plantea la división

16 CHIOVENDA, G. L'azione nel sistema dei diritti. En: *Saggi di diritto processuale civile*. Bologna, 1903, 7, esp. nota 13.

17 Véase el excelente resumen histórico de ZÖLLNER, W. *Materielles Recht und Prozeßrecht*. *Archiv für die Civilistische Praxis*. 190, 1990, 471 ss.

18 Cfr. CADIEU, L. *Droit judiciaire privé*. Paris: Litec, 2000, 344.

19 Para un examen histórico y comparado en el derecho alemán ver BRUNS, A. *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der Dogmatik des Deutschen Zivilprozessrechts*. En: STÜRNER, R. (ed.). *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1210, 227-242.

entre sustancia y proceso mediante la arquitectura de la acción, en un caso, y de la distinción entre categorías teóricas, en otro.

1. Cuando Windscheid publicó en Alemania el trabajo titulado *La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno*, en el año 1856^[20], el estado de la doctrina acerca de la acción era exactamente el señalado en el punto anterior. En Alemania no importaba solo la *actio* romana, pues también era relevante delimitar las nociones de *Klage* (demanda) o *Klagerecht* (derecho de demanda), comprensible como el derecho de demanda judicial.

La *Actio* y la *Klage*, a pesar de estar conectadas en la búsqueda de la realización del derecho por intermedio del juez, permitían a su vez una diferenciación. Esto debido a que la *actio* se dirigía contra la otra parte, mientras la *Klage* lo hacía contra el Estado. Savigny, aunque sin desvincular el derecho material del derecho de acción, entendiendo este último como *Klagerecht*, postuló el derecho a solicitar la protección judicial a partir de la existencia de una lesión a un derecho material, en el cual el derecho que se invoca se transforma al ser lesionado. Para Savigny, el derecho de “acción” era un derecho resultante de la “transformación”, por lo cual el derecho a requerir la actuación de los tribunales de justicia nacería solo después que el derecho material hubiera sido lesionado. De ahí que se propusiera el concepto de “metamorfosis” para ilustrar tal situación²¹.

Esto quiere decir que aunque se admitiera la *Klage*, la doctrina anterior a la polémica entre Windscheid y Muther no vislumbraba ninguna separación entre la acción y el derecho cuya protección era requerida. Windscheid, después de argumentar que el derecho romano no decía que alguien tenía un derecho, sino que alguien poseía una *actio*, concluyó que esta última no era un medio de defensa, sino el propio derecho vulnerado que exigía ser tutelado. Por otro lado, consideraba que el *Klagerecht* era un concepto creado por los juristas sin base en el derecho romano ni en el derecho moderno. Windscheid concluyó que la pretensión era el equivalente moderno de la *actio*, delineándola como una situación jurídica sustancial, distinguible tanto del derecho a requerir como del propio derecho subjetivo, del cual se derivaba para el actor la posibilidad de exigir la protección judicial de su derecho.

Para Muther, el derecho de acción, aunque no se confunde con el derecho material, lo presupone. Como se ve, uno de los importantes frutos de la polémica

20 WINDSCHEID, B. *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Budeus, 1856.

21 SAVIGNY, F. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1840-1849, v, §§ 204, 205; KOLLMANN, V. *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*. Berlin: Dunckner & Humboldt, 1996, 532. Para un examen histórico y comparado en el derecho alemán, ver BRUNS, A. *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der Dogmatik des Deutschen Zivilprozessrechts*. En: STÜRNER (ed.). *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, cit., 228 s.

mica fue demostrar la separación entre los planos del derecho material y del derecho procesal, dejando atrás la antigua concepción que unía el derecho material a la acción.

Wach, por su parte, no acató la tesis del derecho de acción contra el Estado, adoptada por Plósz y Degenkolb, proponiendo la teoría de la pretensión a la tutela jurídica, que unía elementos de derecho material y procesal²². La pretensión ahora se volvía contra el Estado, que al concederla implicaba que el adversario debía soportarla²³. Es por ello que tal teoría parte de la contribución de Muther, que, como se vio, afirmaba que el ciudadano tiene derecho a la protección y reivindicación de sus derechos. Wach, sin embargo, desarrolló su teoría tomando en consideración, especialmente, la acción declaratoria²⁴.

A partir de estas disquisiciones es que se diseñan separaciones y también vasos comunicantes entre el derecho sustantivo y el procesal. Sostiene Taruffo que la acción puede ser reconducida por lo menos a dos sistemas: el sistema del proceso donde se desarrolla la relación jurídico-procesal y el sistema de los derechos de la relación sustantiva²⁵.

2. En el sistema anglosajón es interesante observar que las categorías de sustancia y procedimiento aparecen solo en la edad contemporánea. El nuevo proceso civil inglés de 1998 como cuerpo sistematizado de normas, similar a un código, constituye sin duda un importante hito que rompe con una tradición de más de mil años.

La distinción entre derecho material y procesal era impensable hasta los siglos XVIII y XIX. La conformación de las bases del proceso civil inglés en el medioevo dio lugar a un sistema único donde el punto de partida era la posibilidad de tutela de un derecho invocado como presupuesto para su existencia misma. La insularidad inglesa sin duda coadyuvó a que el sistema que surgió en el medioevo tuviese notas particulares propias, pero al mismo tiempo comunes y conectadas a otros sistemas jurídicos existentes. Al respecto debemos señalar que la conexión del “derecho” (*right*) con la “acción” (*writ*) dio un carácter particular al procesal medieval inglés.

Bien puede decirse que existió un sistema jurídico ordenado sobre la base del resguardo jurisdiccional de los derechos. Una concepción del derecho en la cual la fijación y determinación del derecho material deviene de la posibilidad de su protección efectiva mediante determinados procedimientos y órganos predispuestos. El derecho en su conjunto es pensado a partir del derecho procesal, no siendo escindible (ni pensable con independencia) del derecho

22 WACH, A. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Vol. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

23 DERNBURG, H. *Pandekten*. Vol. 1. 2.^a ed. Berlin, 1888, § 127, 290 ss.

24 SCHWAB, K. Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs. *ZfP*. Vol. 81, 1968, 412 ss.

25 TARUFFO, M. Consideraciones sobre la teoría chiovendana de la acción. *Revista de la Universidad del Externado*, 2007, 136. Cfr. MOTULSKY, H. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973, 100.

que se alega vulnerado mediante el proceso en el cual se hace valer. Es por ello que podemos caracterizarlo como un sistema jurídico por acciones, si se lo ve con el prisma de lo desarrollado en el punto anterior sobre la acción²⁶.

Dentro del mismo derecho anglosajón, a partir del siglo XIII se desarrolla el sistema de *equity*, paralelo del *common law*. Este no solo implicó un derecho privado paralelo, sino además la creación paulatina de un sistema procesal propio. Pese a ello, los motivos de su surgimiento pueden consistir, entre otras cosas, en elementos propios del procedimiento del *common law*. Entre ellos, el riesgo que corría el demandante al no hacer una correcta elección del *writ* adecuado para el procedimiento. No siendo perfectamente adecuado a un determinado *writ*, el derecho que se pretendía hacer valer no resultaba tutelado²⁷.

Pero no había ni en el derecho común ni en el de equidad una separación relevante entre sustancia y procedimiento. Ambos modelos fueron, durante siglos, amigos y rivales simultáneamente, tanto que a mediados del siglo XVIII se estaba produciendo una transformación recíproca, ya que cada uno tomaba elementos del otro para enriquecerse: la equidad incorporaba la sistematización y las formas de los procedimientos; el derecho común, las prácticas de flexibilidad y ponderaciones propios de la equidad²⁸.

La relación entre el derecho común y el de equidad propició el desarrollo posterior de las categorías. Por una parte, el elevado formalismo del primero en los tribunales de justicia contrastaba con la flexibilidad para conceder la tutela de los derechos del segundo²⁹. Las formas eran las que imponían el pensar y el actuar de los actores del sistema de justicia que fue moldeando el ejercicio de los derechos, tanto que puede decirse que el derecho que se invocaba se subsumía en la forma como debía ser reclamado ante los tribunales. Maitland observó que el derecho (sustantivo) se cobijaba en la complejidad del procedimiento³⁰. Quizás las palabras sustancia y procedimiento sirvieron mejor para explicar estas dos miradas y la percepción de que ambos modelos estaban protegiendo idénticos derechos con diferentes modalidades³¹.

26 Cfr. POUND, R. The decadence of Equity. *5 Colum. L. Rev.*, 1905, 20.

27 HOLMES, O. Early English Equity. En: *Selected Essays in Anglo-American Legal History*. Boston, 1908; reimp., Frankfurt a.M., 1968, II, 705 ss.; LANGDELL, C. The development of Equity-pleading from Canon Law Procedure. En: *Selected Essays in Anglo-American Law History*. Boston, 1907; reimp., Frankfurt a.M., 1968, II, 753 ss.

28 WORMALD, P. Dispute in Anglo-Saxon England. En: *Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge, 1986, 154. Cfr. BIERESBORN, D. *Klage und Klageerwiderung im deutschen und englischen Zivilprozeß*. Frankfurt am Main, 1999, 497.

29 SCHMITTHOFF, C. Der Zivilprozeß als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken. *JZ*. 1972, 38 ss.

30 MAITLAND, F. *Lectures on the Forms of Action at Common Law*. Cambridge, 1936; reimp., 1984, 41.

31 MAITLAND, ob. cit., 19; HAMMOND, G. Rethinking remedies: The changing conception of

Entre la Ilustración y la paulatina codificación con categorías, clasificaciones y oposiciones, la relación entre ambos derechos se fue estructurando durante los siglos XVIII y XIX en las leyes sustantivas y procesales. Si las leyes sustantivas establecen derechos, deberes y responsabilidades para las partes, las “adjetivas” o procedimentales fijan el procedimiento para reivindicar los derechos y hacer efectivas las sanciones.

Conceptualmente puede aceptarse la descripción de uno y otro tipo, pero no tardarán en aparecer dificultades para encasillar algunas normas o pensar que quizás pertenecen simultáneamente a uno y otro ámbito. Con categorías dicotómicas fruto de las elucubraciones del Iluminismo se avanza en definitiva hacia una valoración y dos ámbitos que no son neutrales. Va asumiendo jerarquía e importancia lo sustantivo sobre lo “anexo”, lo procesal.

Es aquí donde se hace relevante la distinción en materia del conflicto de leyes y, por tanto, en qué medida se hace admisible una norma procesal que modifica, ampliándolo o reduciéndolo, un derecho sustantivo³². Jeremy Bentham³³ sostuvo que el abogado deriva su poder de la incertidumbre de la ley y es el único sujeto que no recibe castigo por su ignorancia legal, lo que permite que pueda manipular los fines y resultados tenidos en cuenta en el diseño de una ley³⁴. En el contexto de sus propuestas de reforma jurídica sustantiva y adjetiva al sistema inglés, Bentham señala que el fin directo de la justicia se puede dividir en una perspectiva positiva y una negativa³⁵. La primera tiene que ver con asegurar que los resultados procesales sean decisiones justas en el mérito. Sin embargo, reconoce que no importa cuán buena sea la ley sustantiva, si no es cumplida, y ello debe ser asumido por los tribunales, razón por la que existe la segunda manifestación (negativa): toda decisión requiere un cumplimiento efectivo³⁶.

Risinger sostiene, por su parte, que Bentham habría sido el primero en exponer la distinción entre el derecho sustantivo y el adjetivo, consciente de la novedad que presentaba para la concepción del derecho inglés³⁷. En

the relationship between legal and equitable remedies. En: BERRYMAN, J. (ed.). *Remedies: Issues and perspectives*. Scarborough: Carswell, 1991, 87-90.

32 REDISH, M. y MURASHKO, D. The rules enabling act and the procedural-substantive tension: A lesson in statutory interpretation. 93 *Minn. L. Rev.*, 2008, 26.

33 BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislations*. New York: Hafner, 1948, 1.

34 Cfr. BENTHAM, J. *The rationale of judicial evidence*. London: Hunt and Clarke, 1827, 4-6

35 SORABJI, J. *English civil justice after the Woolf and Jackson Reforms: A critical analysis*. London: Cambridge University Press, 2014, 76, 80-89; KELLY, P. J. *Utilitarianism and distributive justice: Jeremy Bentham and the civil law*. New York: Oxford University Press, 1990, 92.

36 POSTEMA, G. *Bentham and the common law tradition*. New York: Oxford University Press, 1989, 49; DRAPER, J. Jeremy Bentham, procedimiento jurídico y utilidad. *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*. 37, s.d.; trad. cast., 2003, 292. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1094/1292> (Consultado el 2 de enero 2016).

37 RISINGER, M. “Substance” and “procedure” revisited: With some afterthoughts on the constitutional problems of “irrebuttable presumptions”. 30 *Ucla L. Rev.*, 1982, 189.

realidad ya Sir William Blackstone³⁸ había dejado entrever las categorías de sustancia y procedimiento en sus famosos comentarios sobre las leyes de Inglaterra (recibiendo acérrimas críticas de Bentham).

En Estados Unidos un hito lo constituye la doctrina del caso *Erie*³⁹, resuelto por la Corte Suprema, en el que requiere a los tribunales federales que apliquen el “derecho sustantivo estatal”, pero con “normas procesales federales” por la imposición constitucional. Así termina siendo patente la aplicación práctica de categorías que devienen en dicotómicas, aun cuando no es baladí para los jueces tener que calificar correctamente una cuestión como sustantiva o procesal ya que genera consecuencias más allá de lo dogmático. De hecho, el destino de los casos puede enfrascarse en demarcar entre lo sustantivo y lo procesal⁴⁰.

Así, dos siglos de jurisprudencia en Estados Unidos muestran los esfuerzos por definir las líneas de distinción (y la divinización de las mismas), quizás con el convencimiento de que hay una diferenciación ontológica entre algo que –recuérdese–originalmente era dogmática. La distinción entre sustancia y procedimiento se puede abordar conceptualmente o enunciativamente: bien con conceptos generales de sustancia y procedimiento, bien con mención de una lista de normas incluíbles en una u otra categoría⁴¹.

El juez Reed de la Corte Suprema de Estados Unidos, en su opinión concurrente, señaló⁴²: “El límite entre el derecho procesal y el derecho sustantivo es nebuloso”⁴³. Incluso el planteamiento de la separación acústica propuesta por Dan-Cohen⁴⁴ entre reglas de decisión y reglas de conducta proporciona difusas orientaciones al respecto, ya que lo procesal termina refiriendo a lo material y viceversa. Easterbrook, por su parte, escribió una vez que la sustancia y el proceso están en una íntima relación. Es así como los procedimientos utilizados determinan cuánta sustancia se consigue y por quién⁴⁵.

De esta breve descripción (sin afán de profundidad) con respecto a la teoría y el sistema de la acción, y lo acontecido en el modelo anglosajón, pueden

38 BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England: A facsimile of the first edition of 1765-1763*. Vol. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1975, 117, nota 27.

39 *Eric R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938); para literatura en torno al fallo y lo tratado en este artículo véase BORCHERS, P. The origins of diversity jurisdiction, the rise of legal positivism, and a brave new world for Erie and Klaxon. 72 *Tex. L. Rev.*, 1993, 79; HART ELY, J. The Irrepressible Myth of Erie. 87 *Harv. L. Rev.*, 1974, 693.

40 Cfr. HOVELL, D. *The power of process: The value of due process in Security Council sanctions*. London: Oxford U. Press, 2016, 9-11.

41 Cfr. BURBANK, S. The Rules Enabling Act of 1934. 130 *U. Pa. L. Rev.*, 1982, 1015, 1018.

42 En el histórico caso *Erie R.R. v. Tompkins*, 304 U.S., 1938, 92, decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos.

43 Trad. libre.

44 DAN-COHEN, M. Decision rules and conduct rules: On acoustic separation in Criminal Law. 97 *Harv. L. Rev.*, 1984, 625.

45 EASTERBROOK. *Substance and due process*, cit., 112-113.

hacerse algunas apreciaciones: (i) las categorías de sustantivo y procesal se fueron construyendo dogmáticamente para situar a la acción en ellas (sistema continental) o bien explicar aspectos de una paulatina unificación del sistema de derecho común con el de equidad; (ii) el salto de lo meramente conceptual a la configuración de aplicaciones prácticas que minusvaloran lo adjetivo y privilegian lo sustantivo es otro dato común; (iii) finalmente, no se llega en ninguno de los dos sistemas jurídicos a respuestas satisfactorias y definitivas, persuasivas sobre la justificación y plausibilidad de las dicotomías propuestas.

2. EL DERECHO PROCESAL COMO MANEJO DE RIESGOS

1. Hans Kelsen inicia su opúsculo *¿Qué es la justicia?*⁴⁶ con el relato del interrogatorio a Jesús de Nazaret ante los romanos sobre su afirmación de ser el Rey que vino al mundo para ser testigo de la verdad. Allí, Pilato pregunta qué es la verdad, esperando una respuesta comprometedora; no obstante, no recibe ninguna. Kelsen sostiene que el Rey vino para ser testigo de la justicia de cada “versión de justicia”. Esta introducción sirve para que en no más de sesenta páginas se desarrolle una visión sobre la justicia a partir de la solución de intereses y valores, que pueda minimizar los costos de aquellos que son satisfechos a expensas de los que terminan perjudicados. El autor sostendrá que la visión objetiva y la subjetiva de la justicia se complementan, en tanto no es posible en la democracia sostener cánones absolutos, en especial debido a que la justicia relativa sustenta mejor y con más tolerancia la libertad⁴⁷.

Para poder presentar acá una adecuada comprensión del derecho se debe hacer referencia a los fenómenos de autoridad, conformación de poderes para la producción, corrección, eliminación y aplicación de normas o actos jurídicos, determinando los requisitos que los individuos o grupos deben satisfacer. Con ello hacemos referencia a lo que Celano llama la constitución de órganos de producción y aplicación; los que deben adecuarse en su funcionamiento a formas y modos, es decir a procedimientos adecuados⁴⁸.

El problema de la justicia para los miembros de la sociedad es determinar lo que es de cada uno mediante un procedimiento, de manera que se plantea un desafío para el derecho en términos de la adecuación procedimental para un caso en concreto. Los jueces deben juzgar con grados mayores o menores de incerteza mediante procedimientos donde las partes intervendrán y aportarán su visión, para que en definitiva puedan llegar a una decisión que podrá restituir adecuadamente (o inadecuadamente) los derechos que se hicieron

46 KELSEN, H. *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Deutricke, 1953; reimp., Stuttgart: Philipp Reclam, 2000, 1.

47 KELSEN. *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., 52.

48 CELANO, B. *Justicia procedimental pura y teoría del derecho*. En: *Derecho, justicia, razones - Ensayos 2000-2007*. Greppi-Laporta, trad. Madrid: CEPC, 2009, 23-24.

valer. Como se puede constatar, hay una curiosa mezcla de formalismo, deontologismo y consecuencialismo que es preciso equilibrar⁴⁹.

Cuando se hace referencia a los derechos procesales se incluyen entre ellos aquellos derechos constitucionales y legales que rigen la participación en el inicio, prosecución y cumplimiento de procedimientos judiciales y administrativos. En los judiciales –que son los que acá nos interesan– se determinan reglas de adjudicación y decisión sobre derechos que se invocan como necesitados de protección y restablecimiento. La decisión mediante la cual se aplicará y realizará el derecho invocado está precedida de procedimientos y órganos que intervienen, de los que en definitiva pende la aplicación de derechos sustantivos⁵⁰. Como señala Alexander, al mediatizarse la realización de los derechos sustantivos a través de estas condiciones orgánicas y procedimentales, los derechos procesales no serían una entidad diferente de los sustantivos, ya que estos solo regulan los riesgos de la tutela de aquellos⁵¹. Así los derechos procesales son en realidad derechos sustantivos relativos a la minimización, distribución e imposición de riesgos que implican el juzgar y la actividad adjudicativa⁵².

2. Una visión puramente utilitarista y consecuencialista acepta que los derechos procesales pueden ser sacrificados por una ventaja en lo sustantivo, reduciendo la equidad y justicia procedimental al solo cálculo de costos y beneficios en los que se minimice la importancia de la participación de los interesados⁵³. Ahora bien, una maximización del resultado sustantivo afectando la vida, libertad o propiedad sin dar al individuo afectado pautas y oportunidades significativas de participar en el proceso de toma de decisiones justifica escuchar el grito de injusticia procesal⁵⁴. Esto se arraiga en la idea matriz de que un proceso deba garantizar los derechos de una participación significativa como requisito previo esencial para la legitimidad de la decisión. Alexander llega a sostener que los derechos procesales solo son derechos sustantivos, aunque derechos sustantivos de un tipo especial (pero bastante numeroso): los derechos contra los riesgos⁵⁵.

49 Véase VERMEULE, A. *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, 4-6; cfr. BAUM, L. *The puzzle of judicial behavior*. Michigan: The University of Michigan, 1997, 13-20.

50 HOVELL. *The power of process: The value of due process in Security Council sanctions*, cit., 22-25.

51 Véase lo sostenido por MCCARTHY, D. *Rights, explanations, and risks*. 107 *Ethics*, 1997, 205.

52 ALEXANDER, L. Are procedural rights derivative substantive rights? *Law and Philosophy* 17, 1998, 19-42.

53 KAPLOW, L. The value of accuracy in adjudication: An economic analysis. 23 *J. Legal Stud.*, 1994, 307, 307.

54 BONE, R. Agreeing to fair process: The problem with contractarian theories of procedural fairness. 83 *B.U. L. Rev.*, 2003, 485, 488-489.

55 FERRARO, F. *Il giudice utilitarista: flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*. Pisa: ETS, 2011, 157-165.

¿Cabe preguntarse entonces qué convierte en justo a un procedimiento? Podríamos concentrarnos en el resultado una vez concluido el procedimiento, o bien en los requisitos y reglas preestablecidas para su inicio⁵⁶. Con la primera visión podríamos encontrarnos con resultados sustancialmente justos o injustos sobre el mérito, ello a expensas de un procedimiento que puede o no haberse tramitado según las condiciones necesarias, que terminan siendo irrelevantes⁵⁷. Sin mayor reflexión, uno podría sentirse atraído por el punto de vista de que los resultados mandan, siendo contingentes los procedimientos. Es decir, solo el mérito cuenta y con relación a él es posible emitir juicios de justo o injusto. Así se banaliza y hasta elimina la justicia procedimental como criterio independiente de la equidad, lo que lleva a que se torne oscuro, abstracto e incluso vacío. Pero ello sería demasiado simplista.

Incluso concentrados en el resultado final como única consecuencia relevante, esto llevaría a reducir el sistema de justicia a la sola solución de controversias entre las partes, desconociendo que no son los únicos efectos de la adjudicación y que se imponen costos y beneficios también a la sociedad en general. Si el proceso deviene solo en un instrumento para solucionar disputas, se reduce su rol al de un mero mecanismo para dirimir controversias, tornando irrelevante la calidad de la decisión, incluso con olvido —como bien señala Taruffo— de que la decisión debe hacerse conforme a derecho⁵⁸.

Siendo la perfección del procedimiento inalcanzable, y por ende descartada una justicia absoluta del procedimiento, este a lo menos debiera lograr un equilibrio razonable entre los beneficios de los resultados y los costos impuestos. El ejercicio del juzgamiento se hace siempre en situación de mayor o menor incerteza frente al cuadro fáctico, jurídico y con las libertades que brinda un proceso judicial a quienes en él participan. El hecho del riesgo de una deficiencia procesal irreductible plantea lo que podríamos llamar la difícil cuestión de la justicia procesal⁵⁹.

3. Un ámbito propicio de relación entre sustancia y procedimiento es el de la justicia negociada en los llamados “mecanismos alternativos de solución de controversias” (ADR, por sus siglas en inglés). Aquí el derecho sustantivo en discusión pretende ser resguardado mediante un procedimiento de consenso entre las partes, que con mayores o menores formalidades evita un proceso

56 Cfr. HOFFMANN, R. *Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*. Paderborn: Schöningh, 1992, 41 ss.

57 NEWMAN, J. Rethinking fairness: Perspectives on the litigation process. 94 *Yale L.J.*, 1985, 1643, 1646. Cfr. WALDRON, J. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 144-150.

58 QUABECK, C. *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 12-25; TARUFFO, M. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos, trad. Madrid: Marcial Pons, 2012, 138 s.

59 Ver BREIDENSTEIN. *Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung*, cit., 2-15; DOHERTY, D. y WOLAK, J. When do the ends justify the means? Evaluating procedural fairness. *Political Behavior*. Vol. 34, 2012, n.º 2, 301-323.

judicial y reemplazan una decisión adjudicativa por una acordada. De allí que pareciera que solo son relevantes los intereses de las partes, pero ello no es así⁶⁰.

Desde que se incorporaron mecanismos como la mediación o la conciliación obligatoria, ya previos, ya como etapas necesarias iniciado un proceso, acompañados de políticas públicas incentivándolos, hay un interés público en juego. Después de todo y con un cálculo meramente consecuencialista, a lo menos permitirían cierta descongestión de las vías adjudicativas, ahorro de recursos públicos y reducción del tiempo para los interesados⁶¹.

Los escenarios de posible incompatibilidad surgen sin embargo entre el derecho sustantivo que se sostiene vulnerado y estas vías para restablecerlo. La solución de controversias en forma alternativa, centra su éxito finalmente en el acuerdo de las partes. Podría incluso decirse que justamente acá la implementación y realización de lo sustantivo es en realidad más coherente al seguirse un procedimiento donde la voluntad de las partes minimizaría los riesgos de distorsión de los derechos discutidos. No obstante, por la posibilidad misma de un acuerdo desequilibrado por el peso de las partes, podría arribarse a un resultado que menoscabe y no satisfaga adecuadamente los derechos⁶².

Es así como se sostiene que no se busca un acuerdo justo, sino “*justo*”, y solo un acuerdo, quedando excluidas consideraciones de justicia suplidas por la autonomía de la voluntad⁶³. Lo cierto es que la justicia negociada llegó para quedarse, y plantea ventajas y desventajas desde su relación con el proceso judicial y la mayor o menor aceptabilidad de una solución acordada. Es en este marco de políticas públicas y educación sobre estas alternativas que forman la voluntad libre de los usuarios del sistema de administración de justicia que se incorpora como propio ofrecer mecanismos adjudicativos y otros que no lo son⁶⁴.

4. El pretender formular y justificar un procedimiento solo a partir del resultado es incompleto y errado, por lo que conviene focalizarse antes del procedimiento. Desde la perspectiva *ex ante*⁶⁵, se pueden establecer mecanismos previos, conocidos y razonables para la coordinación de la conducta humana. Las normas sustantivas de derecho definen los derechos y las responsabilidades. Las de contratos, por ejemplo, indican cuándo se entiende

60 Cfr. GENN, H. *Judging civil justice*. London: University College, 2010, 110-120.

61 Ver en particular el diagnóstico de ROTH, H. Die Zukunft der Ziviljustiz. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht (ZZP)*. Vol. 129, 2016, 3-21.

62 Algunos argumentos en este sentido en RESNIK, J. Managerial judges, Jeremy Bentham and the privatization of adjudication. En WALKER, J. y CHASE O. (eds.). *Common law, civil law and the future of categories*. Toronto: LexisNexis Canada, 2010, 205-224.

63 FISS, O. Against settlement. *Yale. L.J.* 1984, 1073.

64 Para un excelente resumen y análisis sobre el tema ver CAPONI, R. “Just Settlement” or “Just about Settlement”? *RabelsZ* 79, 2015, 117-141.

65 HAY, B. Procedural justice – Ex ante vs. ex post. *44 Ucla L. Rev.*, 1997, 1803.

perfecto un tipo de acuerdo y las facultades y deberes para las partes. También es posible la formulación de normas de procedimientos para guiar las conductas de los intervinientes y llegar a una decisión⁶⁶.

El procedimiento proporciona información, especificidad e imparcialidad que requiere el acatamiento del derecho por los ciudadanos, funcionarios y órganos intervinientes⁶⁷. Pero incluso si se respeta *ex ante* el procedimiento y sus requisitos de participación y con ello se logra una decisión que brinda tutela al derecho invocado, ello debe lidiar con otro riesgo, constituido por el tiempo. Aquí entra en juego la condición de oportunidad (*justicia retrasada es justicia negada*): si los derechos sustantivos son amparados tardíamente hay una privación en el tiempo de su realización. El costo asociado al tiempo de ejercicio de los derechos procesales deviene en afectación en definitiva de los derechos que se invocan⁶⁸.

Todo sistema jurídico que supedita la toma de decisiones judiciales a un conjunto de normas preconcebidas tiene que enfrentarse a la tensión entre la formulación normativa del ideal y su aproximación en la realidad con lo decidido. Solo si un sistema jurídico es capaz de superar satisfactoriamente el discurso abstracto del derecho prometido y tutelarlos adecuadamente, el mecanismo jurídico cumple su propósito. Es así como se relacionan los derechos con los remedios para su resguardo⁶⁹.

Cuando sabemos que el resultado es injusto, la justicia del resultado no puede ser la fuente de su autoridad legítima. La justicia procedimental no solo impone reglas claras de participación, sino además compromisos de reconciliación entre sustancia y procedimiento cuando se incurre en un error en el mérito, pudiendo así ser controlable la calidad de la decisión⁷⁰.

3. TOMANDO LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL EN SERIO

El diálogo fructífero entre la sustancia y el proceso se establece cuando se arriba a una decisión justa. Con ello se respetan la propuesta y los postulados establecidos en la norma sustantiva cuya restauración se examinó, evaluó y decidió mediante un proceso. La menor distorsión generada por un proce-

66 KLINGER, E. y BIERBRAUER, G. How role and framing influence litigants' perception of civil procedure. En MATHIS, K. (ed.). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Bern: International Publishing Switzerland, 2015, 147 ss.

67 Cfr. GALLIGAN, D. *Due process and fair procedures*. Oxford: Oxford University Clarendon Press, 1997, 10-31.

68 Cfr. ROTH, H. Die Zukunft der Ziviljustiz. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht (ZZP)*. Vol. 129, 2016, 3-21.

69 DEDEK, H. From norms to facts: The realization of rights in common and civil private law. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*. Vol. 56, n.º 1, 2010, 77-114.

70 Cfr. UZELAC, A. y VAN RHEE, C. H. Appeals and other means of recourse against judgements in the context of the effective protection of civil rights and obligations. En: UZELAC, A. y VAN RHEE, C. H. *Nobody's perfect*. Antwerp: Intersentia, 2014, 3-6.

diminuto en relación a la sustancia genera una distorsión que afecta no solo a los derechos que se invocan como lesionados, sino también a los que se ejercen con ocasión del proceso. De él depende el imperio del derecho y no es meramente una aspiración moral⁷¹.

El examen *ex ante* de las debidas condiciones de participación se suma a los requerimientos *ex post* para poder sostener que un problema de justicia en la decisión judicial se supera en tanto se obtiene la *mejor* decisión posible. Resulta así justificada la visión de los riesgos propuesta por Alexander que diluye el hablar de entidades sustantivas y procesales, y que por el contrario las hace interdependientes. Tanto en lo normativo como en la verificación de los hechos, las condiciones epistémicas para lograr la tutela del derecho sustantivo del caso pueden no ser perfectas, pero son –y debe exigirse que lo sean– las *mejores* y *posibles* logradas que resulten aceptables⁷². Con ello se suma la importancia de la *racionalidad de la decisión, como mínimos con lo razonable de su fundamentación y motivación*⁷³.

Por ello no es suficiente una explicación meramente procedimentalista que se contente con permitir la participación como necesaria y suficiente para colmar de legitimidad el procedimiento que incluiría la decisión sin más. Esta requiere de racionalidad, en la que el resultado puede ser fundamentalmente explicado con un estándar de razonable⁷⁴. Así no es posible valorar solo lo decidido (el “después”) sin el “antes” procedimental que garantiza la participación, como tampoco *ex post*, considerar únicamente a esta como suficiente para aceptar cualquiera sea la decisión. La motivación, así, requiere: (i) los elementos estructurales del discurso que permitan establecer si se cumple o no la justificación racional de validez y corrección; (ii) el contenido específico del discurso en el que se explicitan las elecciones realizadas por el juzgador según las expectativas creadas durante el procedimiento, que tiene como destinatario a un auditorio amplio y no solo a los intervinientes⁷⁵.

1. La tesis de la abstracción e independencia de los valores del proceso (como lo sostenido por Summers, p. ej.) por sí y para sí mismos, sin relación con los derechos sustantivos entre los cuales incluye la racionalidad y la dignidad suenan tentadores⁷⁶. Sin embargo, lo cierto es que ninguno de los

71 HOVELL. *The power of process: The value of due process in Security Council sanctions*, cit., 63-68; ALEXANDER, L. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. *U. Fla. L. Rev.* 39, 1987, 323, 326.

72 GENTILI, A. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2009, n.º 2, 757-760.

73 AARNIO, A. *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Netherlands: Springer, 1987, 10-25.

74 NIINILUOTO, I. *Is it rational to be rational?* En: KRAWIETZ, W., SUMMERS, R., WEINBERGER, O. y VON WRIGHT, G. H. *The reasonable as rational?* Berlin: Duncker & Humblot, 2000, 101-110.

75 TARUFFO, M. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, 288.

76 SUMMERS, R. Evaluating and improving legal process – A plea for ‘process values’. *Cornell L. Rev.* 60, 1974, 1-20.

supuestos que se presentan para sostener aquello (con la ejemplificación del derecho a la audiencia o la prueba) son mencionados por el autor, aislados de derechos sustantivos a ser considerados en la decisión del mérito. Un sistema jurídico se aprecia como tal, ya que incluye: la dignidad humana como centro de su función, la libertad como posibilidad de una elección racional con conocimiento previo de consecuencias, la igualdad que impone el trato equitativo y no arbitrario.

Esos valores no son exclusivos del procedimiento y en realidad no son valores autónomos y abstraídos, sino más bien intrínsecamente constitutivos de los derechos. Esos valores integran los derechos e imponen limitaciones al actuar de los órganos en las condiciones establecidas de los procedimientos. El derecho no parece ser un simple instrumento práctico para la consecución de determinados fines, más bien tiene un rol significativo en la conformación de aquellos valores en sociedad. El procedimiento no es un elemento meramente contingente, sino que integra la planificación y contenido final de los derechos sustantivos. Con corrección, cita como ejemplo Harel⁷⁷ el derecho a ser oído en el control judicial de la Administración. Aquí podría sostenerse que el derecho a ser oído es un instrumento para garantizar valores preexistentes, lo que lo torna en un simple instrumento. En realidad el derecho a ser oído es el derecho de participación del debido proceso, no meramente instrumental sino constitutivo del proceso adjudicativo judicial que da cabida a los distintos interesados para hacer valer sus posiciones⁷⁸.

2. No obstante percibir que la justicia de la decisión sobre el mérito no resulta suficiente ya que es igualmente el procedimiento empleado el que necesita satisfacer determinados estándares –de modo que nos sirvan en nuestro argumentos las observaciones *ex ante* y *ex post* para una adecuada relación entre sustancia y procedimiento– lleva a que sea posible preguntarse sobre la mejor justificación de la justicia procesal. Ello es intentar buscar la justificación más aceptable para el sistema de justicia civil. Para eso debo interrelacionarlo con la ética y la política, no porque vea a estas como valores para los cuales se piensa un sistema de administración de justicia –como mero medio–, sino porque más bien lo integran y pueden explicar de mejor manera la justicia procedimental de la adjudicación. Trataré de llegar a una propuesta teórica, pero que al mismo tiempo sea pragmática. Claro que sobre esto podría discutirse, en el sentido de si conviene una visión consecuencialista o deontologista. Como ya se esbozó arriba, es un desafío concentrarse solo en el resultado o solo en el camino para llegar a él. Ambos deben con-

77 HAREL, A. *Why Law matters*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 211; y con ello contrario a las propuestas como las de Raz de intermediación de los derechos para fines y funciones ulteriores, ver RAZ, J. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, 180-182.

78 Cfr. QUABECK. *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, cit., 8-20.

siderarse y sirven de parámetro para predicar la justicia de una solución y de un procedimiento.

3. Cuando Rawls⁷⁹ refiere a los tres tipos de justicia procedimental califica al proceso judicial como un caso de justicia imperfecta. Usa como criterios para la clasificación dos variables: primero, si existe un criterio preestablecido e independiente para seguir que se considera justo; segundo, la garantía de que siguiendo ese procedimiento se logrará el resultado propuesto. Así propone tres tipos de justicia procesal: (i) justicia procesal “perfecta”; (ii) justicia procesal “imperfecta”, y (iii) justicia procesal “pura”. En la perfecta existe un criterio y además hay garantías de que se logrará el resultado deseado. En la pura, por su lado, no hay un criterio previo de determinación, aunque hay garantías del resultado. Finalmente –y es la que interesa acá–, en la imperfecta hay un criterio previo y predeterminado, pero no hay una garantía del resultado. No obstante las críticas que pueden hacerse a esta clasificación, ya que muchos casos de justicia procesal perfecta devienen en pura y viceversa⁸⁰, nos resulta útil la descripción de los criterios para el tipo imperfecto, en el que Rawls incluye al proceso judicial, que debe tener un criterios de procedimiento previos y equitativos.

La propuesta de Rawls, no obstante, proporciona los criterios de clasificación que nos son útiles para evaluar distintas propuestas de justificación de la justicia procesal independientemente de las categorías que propone el autor.

(i) Una primera opción sería que el propio derecho sustantivo brinde un criterio ideal de justicia procesal que logre imponerse con independencia del resultado y del procedimiento seguido. Una opción de justificación que parte de considerar que todo sistema procesal está diseñado para asegurar que en cada caso se pueda lograr el resultado sustantivamente correcto. En esta concepción se mediría la justicia procesal en un caso se mide por la corrección del resultado, es decir, cuán preciso es en comparación con el ideal previsto en el derecho sustantivo. Esta primera propuesta tiene el problema de la exactitud o de la precisión requerida, siendo vago e indefinido determinar qué es lo “exacto” en general. Esta visión puede ser analizada también desde una perspectiva previa sobre si determinado procedimiento producirá resultados precisos en casos futuros o no, pero no deja de ser consecuencialista y de centrar la importancia, en definitiva, en el derecho sustantivo para minimizar el rol del procesal. Los costos marginales de obtención permanente del resultado previsto en el derecho sustantivo convierten a la propuesta en inviable⁸¹.

79 RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971, 85.

80 CELANO. Justicia procedimental pura y teoría del derecho, cit., 45 y 54.

81 Cfr. BONE, R. Making effective rules: The need for procedure theory. 61 *Okla. L. Rev.*, 2008, 319, 339-342.

(ii) Una segunda opción es cercana a la descripción rawlsiana del proceso judicial como caso de justicia imperfecta. El derecho sustantivo proporciona un criterio independiente de determinación de un resultado justo pero con la certeza de que no hay garantía de que el procedimiento logre arribar a él. Siendo la perfección imposible o demasiado costosa en algunos casos, no puede aspirarse sino a un equilibrio o acuerdo de compromiso entre la exactitud utópica y los costos que genera a partir de la proporcionalidad. Queda abierta la pregunta sobre cuándo corresponde sacrificar la exactitud por los costos y viceversa. Nuevamente se llega a criterios de utilidad y de resultado. Así la diferencia entre (i) y (ii) es de matices y abertura⁸².

(iii) Una tercera opción es la que acá se propone y es la de la participación. El criterio predefinido en la norma procesal para el resguardo del derecho sustantivo es *ex ante* garantizar una participación de los interesados mediante distintos mecanismos. Queda, como subrayaba Rawls, la incertidumbre de lograr el resultado no obstante seguirse el procedimiento. La justicia procedimental se justifica ya que debe garantizarse la participación en toda instancia en la que se vea involucrado un derecho sustantivo. La visión del azar (teoría de los juegos) que había sido ya vislumbrada por Rawls para la justicia pura tiene cierta utilidad para poder establecer exigencias *ex ante* de las reglas de participación; así deben establecerse condiciones de igualdad de acceso y de oportunidades de las partes. Pero asimilarlo solo a un juego puede ser inconsistente si no se suma la consideración de la dignidad humana valor intrínseco del procedimiento⁸³. Esto incluso es valorable desde la psicología y los estudios sobre la justicia procedimental en tanto los interesados disponen de una oportunidad para intervenir y exponer su relato, objetar el de la contraparte, probar, incidir en la decisión y poder controlarla⁸⁴. La participación explicada como solo discursiva, sin consideración a la búsqueda de la verdad, corre el riesgo de desentenderse de los resultados con el solo respeto del procedimiento. En la concepción de Habermas se asimilaría el proceso judicial a un supuesto de comunicación ideal donde la igualdad racional de oportunidad de participación es suficiente bajo el prisma de

82 Véase la crítica desarrollada por BONE. *Who decides? A critical look at procedural discretion*, cit., 1961 ss.; ver igualmente BONE, R. Pleading rules, and the regulation of court access. 94 *Iowa L. Rev.*, 2009, 873, 908-909.

83 Ver en detalle, sobre la dignidad como valor intrínseco del procedimiento, LAHAV, A. Participation and procedure. 64 *DePaul L. Rev.*, 2015, 513-536.

84 VAN PROOIJEN, J.-W. Procedural justice as autonomy regulation. *Journal of Personality and Social Psychology*. 96, 2009, 1166-1180; HOULDEN, P., LATOUR, S., WALKER, L. y THIBAUT, J. Preference for modes of dispute resolution as a function of process and decision control. 14 *J. Experimental Soc. Psychol.* 1978, 13-20; LATOUR, S. Determinants of participant and observer satisfaction with adversary and inquisitorial modes of adjudication. 36 *J. Personality & Soc. Psychol.*, 1978, 1531; LIND, E. A. y EARLEY, P. C. Procedural justice and culture. 27 *Int'l J. Psychol.*, 1992, 227-240.

igualdad de oportunidades comunicativas⁸⁵. Las reglas de procedimiento judicial institucionalizan la toma de decisiones judiciales de tal manera que la sentencia y su justificación pueden considerarse el resultado de un juego de argumentación regido en definitiva por reglas especiales⁸⁶. Los procedimientos legales se entrelazan con los procesos de argumentación y pueden inducir a que la búsqueda de la verdad o el cotejo del resultado sustantivo se torne irrelevante. La escisión entre discurso de fundamentación y de aplicación es insuficiente sin una conexión a la sustancia⁸⁷.

4. No basta que el juez comprenda, conforme la ley según las normas constitucionales, concluyendo que el demandante tiene un derecho que debe ser tutelado. Cabe a la jurisdicción algo más amplio, que es dar tutela a los derechos, y no solo decir cuáles de ellos merecen protección. De modo que ahora interesa saber *lo que significa dar tutela jurisdiccional a los derechos*. Esto significa minimizar el riesgo de desajuste entre el procedimiento y la sustancia. La tutela jurisdiccional es prestada cuando el derecho es tutelado, y de esa forma realizada, sea a través de la sentencia, cuando ella es suficiente para ello, o a través de la ejecución, cuando no lo es. El imperativo para arribar a decisiones justas, que respeten la justicia procedimental, pueden bien reducirse a los ya esbozados por Taruffo: (1) adecuada verificación de los hechos relevantes de la causa, con el fin de buscar la verdad; y finalmente (2) adecuada individualización del segmento normativo, interpretación del texto (enunciado normativo) o del elemento no textual y aplicación de la norma al caso concreto (3) procedimiento en respeto de los derechos fundamentales y de la legalidad procedimental⁸⁸. El déficit de algunos de esos elementos puede sustentar que una decisión –y, añado, un tipo de procedimiento– sea inequitativo o injusto; ello, en otras palabras, no sirve de causa adecuada para la protección de los derechos materiales. Es controlable *ex ante* en el diseño y las expectativas del derecho material en relación a él, como *ex post* con un resultado obtenido.

De modo que desde esa perspectiva pasa a importar la manera como la jurisdicción debe comportarse para realizar los derechos o implementar su actividad ejecutiva. O mejor dicho, el modo como la legislación y el juez

85 Ver, sobre el rol asignado por Habermas al discurso en la función adjudicativa del Estado, BAXTER, H. *The discourse theory of law and democracy*. Stanford: Stanford University Press, 2011, 106-116, 129-147.

86 Cfr. ROSENFELD, M. Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of Law. 17 *Cardozo L. Rev.*, 1996, 791.

87 Cfr. FORST, R. *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2007, 25-50; REHG, W. Against subordination: Morality, discourse, and decision in the legal theory of Jürgen Habermas. 17 *Cardozo L. Rev.*, 1996, 1147-1151.

88 TARUFFO, M. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, n.º 2, 318.

deben actuar para que los derechos sean efectivamente tutelados. Se trata, en realidad, de considerar dos caminos que se cruzan: uno primero, que apunta a la necesidad de la técnica procesal ejecutiva, que debe ser estructurada por la ley conforme al derecho material, y otro, que obliga al juez a pensar la regla procesal definidora de dichas técnicas, con base en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y según las necesidades de derecho material, particularizadas en el caso concreto. A la necesidad de aislamiento del derecho procesal en favor del derecho material, llevó la doctrina a alejar de sus preocupaciones la principal finalidad de la jurisdicción: la tutela de los derechos. Lo más grave es que la pretendida indiferencia del proceso en relación con el derecho material hace que el sistema jurídico, que obviamente depende del proceso para que las normas sean tuteladas y los derechos sean efectivizados, no tenga la posibilidad de atender las necesidades reveladas por el derecho material.

5. Ahora bien, los institutos del proceso dependen de la estructura no solo de las normas que instituyen derechos, sino también de las formas de protección o de tutela que el propio derecho sustancial les confiere⁸⁹. Para que las partes puedan intervenir adecuadamente, de modo que sea posible solicitar la efectiva tutela del derecho material, existe la necesidad de un procedimiento abierto a la participación, que sea estructurado de manera idónea. El mismo exige del Estado una serie de prestaciones, como la puesta a disposición de procedimientos y técnicas procesales idóneas para la variadas situaciones de derecho sustancial (devida por el legislador); así como la comprensión, por parte de la jurisdicción, de las normas procesales y de la propia función del proceso, a partir del derecho material y de la situación concreta. Las técnicas que minimicen el desajuste entre la sustancia y el procedimiento en contradictorio (proceso). Acontece que, conforme a lo dicho anteriormente, no se puede exigir del legislador la estructuración de tantos procedimientos especiales cuantas sean las situaciones de derecho sustancial carentes de tutela. Aunque se pudiera intentar cumplir dicha tarea, a través de un trabajo utópico y no efectivo, jamás sería posible crear procedimientos o técnicas procesales que se ajustaran perfectamente a las diversas situaciones de derecho material, pues ellas, aunque puedan ser visualizadas en abstracto, siempre dependerán de las circunstancias del caso concreto.

CONCLUSIONES

Ya pasó la época en que el derecho era visto como una ciencia lógico-formal, que trabajaba solo con derivaciones deductivas, del positivismo clásico y del

89 FRISON-ROCHE, M. La procédure de l'effectivité des droits substantiels. En: BENOÎT-ROHMER, F. y GREWE, C. (eds.). *Procédure(s) et effectivité des droits*. Bruxelles: Nemesis, 2003, 1-12.

iusnaturalismo racionalista. Se sabe que el derecho, actualmente, no puede desconectarse de la realidad⁹⁰. El derecho debe proyectarse sobre la realidad de los casos concretos y, por esa razón, no se admite –ni se desea– que el ámbito de los derechos que se invocan y hacen valer estén desconectados de los mecanismos idóneos para hacerlos cumplir, a través de sus procedimientos. Desde el congreso, al elaborar una ley, hasta el ejecutivo, al administrar, aplican procedimientos. El proceso judicial tiene sus particularidades, aunque participe de los desafíos de todo procedimiento de minimizar el error de una adecuada y equitativa implementación de los derechos sustantivos.

Las normas procesales no pueden desconectarse de los diversos casos concretos, y así deben ser leídas a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas expresiones propias del derecho procesal no son sino una invitación a realizar lo sustantivo del procedimiento y al mismo tiempo lo procedimental de lo sustantivo. No son compartimientos o categorías dicotómicas sino interrelacionadas. La norma procesal, iluminada por el derecho sustantivo, obliga al juez a darle la posibilidad de permitir la efectiva tutela del derecho material. El ordenamiento jurídico, al disponer de las normas, exactamente porque sabe que no puede atender a todas las situaciones, trabaja también con supuestos abiertos. Normas y situaciones se dan según las peculiaridades del caso concreto al que las primeras deben aplicarse, para responder a un derecho orientado a la realidad, expresando un ordenamiento jurídico marcado por los principios y por los derechos fundamentales. Las divergencias entre los derechos sustantivos y el resultado al que se arriba en un procedimiento sobre aquellos pueden calificarse de injustas. Claro que no solo interesa un resultado o consecuencia que maximice lo sustantivo a cualquier costo respecto del procedimiento establecido para lograrlo⁹¹. Los derechos procesales, a su vez, se ejercen dentro de un marco para garantizar la participación, y se admite pues hablar de justicia o equidad procedimental como integrante del justo y debido proceso de ley. Acá no sostengo que sea necesario acudir a la moral o la ética como valores superiores ajenos al proceso, más bien son inherentes a él. Así el procedimiento (y el proceso judicial que acá nos interesa) deja de ser instrumento técnico contingente para convertirse en necesario y en comunicación acústica necesaria con el derecho sustantivo.

La justicia o equidad procedimental sustenta así la realidad de unión e interdependencia, no de dicotomía, entre sustancia y procedimiento. El énfasis en la dignidad individual ante los órganos del Estado, en especial el que acá se trata, el juez, se entiende como un derecho de dignidad del ser humano. Aunque hemos visto que el procedimiento es intrínsecamente sustantivo,

90 FRIEDMAN, L. M. *Impact: how Law affects behavior*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016, 8-25.

91 BREIDENSTEIN. *Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung*, cit., 3-25.

ahora también debemos apreciar que la sustancia es inherentemente procesal. La construcción del derecho sustantivo implica suposiciones acerca de los procedimientos que se aplicarán cuando se aplique en última instancia ese derecho sustantivo. Esos procedimientos se inscriben en el derecho sustantivo y, si no se aplican, darán lugar a una infracción del mandato sustantivo.

Entender que el procedimiento es sustantivo y que la sustancia es procedimental desvirtúa dos mitos: primero, que hay una dicotomía sustancia-procedimiento, y segundo, que el procedimiento es el socio inferior del derecho sustantivo. La antinomia sustancia-procedimiento, que se introdujo con fines didácticos, fue impulsivamente codificada como una dicotomía sustancia rígida-procedimiento. Las doctrinas fundadas en esta falsa dicotomía son fundamentalmente erróneas y vulnerables.

La justificación pública de la participación como estrategia con respeto a la dignidad humana, con mecanismos que ponderan el discurso, pero también el derecho a la verdad, finalmente con la ponderación de lo justo para aceptar la legitimidad de una decisión, impone procedimientos que establezcan un diálogo sólido.

REFERENCIAS

- AARNIO, A. (1987). *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Netherlands: Springer.
- ALEXANDER, L. (1998). Are procedural rights derivative substantive rights? *Law and Philosophy* 17.
- ALEXANDER, L. (1987). The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. *U. Fla. L. Rev.* 39.
- ALLAN, L. E. y EARLEY, P. C. (1992). Procedural justice and culture. *27 Int’l J. Psychology*.
- BAUM, L. (1997). *The puzzle of judicial behavior*. Michigan: The University of Michigan.
- BAXTER, H. (2011). *The discourse theory of law and democracy*. Stanford: Stanford University Press.
- BENTHAM, J. (1948). *An introduction the principles of morals and legislations*. New York: Hafner Press.
- BENTHAM, J. (1827). *The rationale of judicial evidence*. London: Hunt and Clarke.
- BIERESBORN, D. (1999). *Klage und Klageerwiderung im deutschen und englischen Zivilprozeß*. Frankfurt a.M.
- BLACKSTONE, W. (1975). *Commentaries on the Laws of England: A facsimile of the First Edition of 1765-1763*. Vol. 1. Chicago: University of Chicago Press.
- BONE, R. G. (2003). Agreeing to fair process: The problem with contractarian theories of procedural fairness. *83 B.U. L. Rev.*

- BONE, R. G. (2008). Making effective rules: The need for procedure theory. 61 *Okla. L. Rev.*
- BONE, R. G. (2009). Pleading rules, and the regulation of court access. 94 *Iowa L. Rev.*
- BONE, R. G. (2007). Who decides? A critical look at procedural discretion. 28 *Cardozo L. Rev.*
- BORCHERS, P. J. (1993). The origins of diversity jurisdiction, the rise of legal positivism, and a brave new world for Erie and Klaxon. 72 *Tex. L. Rev.*
- BREIDENSTEIN, M. (2012). *Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BRUNS, A. (2010). Materielles Recht und Verfahrensrecht in der Dogmatik des Deutschen Zivilprozessrechts. En: STÜRNER, R. (ed.). *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BURBANK, S. B. (1982). The Rules Enabling Act of 1934. 130 *U. Pa. L. Rev.*
- CADIET, L. (2000). *Droit judiciaire privé*- Paris: Litec.
- CAPONI, R. (2015). “Just Settlement” or “just about settlement”? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Rabelsz 79.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. G. (1987). Policies, trends and ideas in civil procedure. En: *xvi International Encyclopedia of Comparative Law* 14. Tübingen: Nijhoff y Mohr Siebeck.
- CAVANI, R. (2015). Decisión justa: ¿mero slogan? –por una teorización de la decisión judicial para el proceso civil contemporáneo–. *Justicia*, 1.
- CELANO, B. (2009). Justicia procedimental pura y teoría del derecho. En: *Derecho, justicia, razones - Ensayos 2000-2007*. Greppi-Laporta, trad. Madrid: CEPCC.
- CHIOVENDA, G. (1903). L'azione nel sistema dei diritti. En: *Saggi di diritto processuale civile*. Bologna.
- COMOGLIO, L. P. (2004). *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli.
- DAN-COHEN M. (1984). Decision rules and conduct rules: On acoustic separation in Criminal Law. 97 *Harv. L. Rev.*
- DEDEK, H. (2010). From norms to facts: The realization of rights in Common and Civil Private Law. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*. Vol. 56, n.º 1.
- DERNBURG, H. (1888). *Pandekten*. Vol. 1. 2.^a ed. Berlin.
- DOHERTY, D. y WOLAK, J. (2012). When do the ends justify the means? Evaluating procedural fairness. *Political Behavior*. Vol. 34, n.º 2, 301-323.
- DRAPER, J. A. (2003). Jeremy Bentham, procedimiento jurídico y utilidad. *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, 37, s.d. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1094/1292> (Consultado el 2 de enero 2016).
- DWYER, J. P. (1990). The pathology of symbolic legislation. 17 *Ecology L.Q.* 233.

- EASTERBROOK, F. H. (1982). Substantive due process. *Sup. Ct. Rev.* 85.
- FERRARO, F. (2011). *Il giudice utilitarista: flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*. Pisa: ETS, 2011.
- FISS, O. (1984). Against settlement. *Yale. L.J.*
- FORST, R. (2007). *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- FRIEDMAN, L. M. (2016). *Impact: How Law affects behavior*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- FRISON-ROCHE, M.-A. (2003). La procédure de l'effectivité des droits substantiels. En: BENOÎT-ROHMER, F. y GREWE, C. (eds.). *Procédure(s) et effectivité des droits*. Bruxelles: Nemesis, 1-12.
- GALLIGAN, D. (1997). *Due process and fair procedures*. Oxford: Oxford University Clarendon Press.
- GENN, H. (2010). *Judging civil justice*. London: University College.
- GENTILI, A. (2009). Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. N.º 2.
- HAMMOND, G. (1991). Rethinking remedies: The changing conception of the relationship between legal and equitable remedies. En: BERRYMAN, J. (ed.). *Remedies: Issues and perspectives*. Scarborough: Carswell.
- HAREL, A. (2014). *Why Law matters*. Oxford: Oxford University Press.
- HART ELY, J. (1974). The irrepressible Myth of Erie. 87 *Harv. L. Rev.*
- HAY, B. L. (1997). Procedural justice - Ex ante vs. ex post. 44 *Ucla L. Rev.*
- HOLMES, O. W. (1968). *Early English Equity*. En: *Selected essays in Anglo-American Legal History*. Boston, 1908; reimp., Frankfurt a.M., II.
- HOFFMANN, R. (1992). *Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*. Paderborn: Schöningh.
- HOULDEN, P., LATOUR, S., WALKER, L. y THIBAUT, J. (1978). Preference for modes of dispute resolution as a function of process and decision control. 14 *J. Experimental Soc. Psychol.*
- HOVELL, D. (2016). *The power of process: The value of due process in Security Council Sanctions*. London: Oxford University Press.
- KAPLOW, L. (1994). The value of accuracy in adjudication: An economic analysis. 23 *J. Legal Stud.*
- KELLY, P. J. (1990). *Utilitarianism and distributive justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*. New York: Oxford University Press.
- KELSEN, H. (2000). *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Deutricke, 1953; reimp., Stuttgart: Philipp Reclam.

- KLINGER, E. y BIERBRAUER, G. (2015). How role and framing influence litigants' perception of civil procedure. En: MATHIS, K. (ed.). *European perspectives on behavioural law and economics*. Bern: International Publishing Switzerland.
- KOLLMANN, V. A. (1996). *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*. Berlin: Dunckner & Humblot.
- LAHAV, A. D. (2015). Participation and procedure. 64 *DePaul L. Rev.*
- LANGDELL, C. C. (1968). The development of Equity - Pleading from Canon Law Procedure. En: *Selected essays in Anglo-American Law History*. Boston, 1907; reimp., Frankfurt a.M., II.
- LATOUR, S. (1978). Determinants of participant and observer satisfaction with adversary and inquisitorial modes of adjudication. 36 *J. Personality & Soc. Psychology*.
- LAUTMANN, R. (2011). *Justiz – Die stille Gewalt*. 2.^a ed. Wiesbaden: Lehmanns.
- LAYCOCK, D. (2008). How remedies became a field: A history. 27 *Rev. Litigation*.
- MAITLAND, F. W. (1984). *Lectures on the forms of action at common law*. Cambridge, 1936; reimp.
- MATSUMOTO, H. (2010). Materielles Recht und Prozessrecht in der Dogmatik des Zivilprozessrechts. En: STÜRNER, R. (ed.). *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- MCCARTHY, D. (1997). Rights, explanations, and risks. 107 *Ethics*.
- MOTULSKY, H. (1973). *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz.
- NEWMAN, J. O. (1985). Rethinking fairness: Perspectives on the litigation process. 94 *Yale L.J.*
- NIINILUOTO, I. (2000). *Is it rational to be rational?* En: KRAWIETZ, W., SUMMERS, R., WEINBERGER, O. y VON WRIGHT, G. H. *The reasonable as rational?* Berlin: Duncker & Humblot, 101-110.
- POPP, A. (2005). *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*. Berlin: Duncker und Humblot.
- POSTEMA, G. J. (1989). *Bentham and the common law tradition*. New York: Oxford University Press.
- POUND, R. (1905). The decadence of Equity. 5 *Colum. L. Rev.*
- QUABECK, C. (2010). *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- RAWLS, J. (1971). *A theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- RAZ, J. (1986). *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- REDISH, M. H. y MURASHKO, D. (2008). The rules enabling act and the procedural-substantive tension: A lesson in statutory interpretation. 93 *Minn. L. Rev.*

- REHG, W. (1996). Against subordination: Morality, discourse, and decision in the legal theory of Jürgen Habermas. 17 *Cardozo L. Rev.*
- REIMER, P. (2015). *Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- RESNIK, J. (2010). Managerial judges, Jeremy Bentham and the privatization of adjudication. En: WALKER, J. y CHASE O. (ed.). *Common law, civil law and the future of categories*. Toronto: LexisNexis Canada, 205-224.
- RISINGER, M. (1982). “Substance” and “procedure” revisited: With some afterthoughts on the constitutional problems of “irrebuttable presumptions”. 30 *Ucla L. Rev.*
- ROTH, H. (2016). Die Zukunft der Ziviljustiz. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht (zpz)*. Vol. 129, 3-21.
- ROSENFELD, M. (1996). Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas’s proceduralist paradigm of Law. 17 *Cardozo L. Rev.*
- SAVIGNY, F. C. (1840-1849). *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp. V.
- SCHMITTHOFF, C. M. (1972). Der Zivilprozeß als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken. *JZ*.
- SCHWAB, K. H. (1968). Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht (zpz)*. Vol. 81.
- SORABJI, J. (2014). *English civil justice after the Woolf and Jackson Reforms: A critical analysis*. London: Cambridge University Press.
- STEPHENS, P. J. (1993). Manipulation of procedural rules in pursuit of substantive goals: A reconsideration of the impermissible collateral attack doctrine. 24 *Ariz. ST. L.J.*
- SUMMERS, R. (1974). Evaluating and improving legal process – A plea for ‘process values’. *Cornell L. Rev.* 60.
- TARUFFO, M. (2017). Derecho sustancial y procesal. En: PRIORI, G. (coord.). *Derecho material y proceso*. Lima: Palestra.
- TARUFFO, M. (2012). *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. V. de Paula Ramos, trad. Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (1997). Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. N.º 2.
- TARUFFO, M. (1975). *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam.
- TARUFFO, M. (2007). Consideraciones sobre la teoría chiovendana de la acción. *Revista de la Universidad del Externado*.
- TARUFFO, M. (2015). Abuso del proceso. *Contratto e impresa*. Vol. 31, n.º 4-5, 832-846.
- TARUFFO, M. (1999). General report abuse of procedural rights: Comparative standards of procedural fairness. En: TARUFFO, M. *Abuse of procedural rights*. The Hague: Kluwer Law International, 3-29.

- UZELAC, A. y VAN RHEE, C. H. (2014). Appeals and other means of recourse against judgements in the context of the effective protection of civil rights and obligations. En: UZELAC, A. y VAN RHEE, C. H. *Nobody's perfect*. Antwerp: Intersentia.
- VAN PROOIJEN, J. W. (2009). Procedural justice as autonomy regulation. *Journal of Personality and Social Psychology*. 96, 1166.
- VERMEULE, A. (2006). *Judging under uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press.
- WACH, A. (1885). *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Vol. 1. Leipzig: Duncker & Humblot.
- WALDRON, J. (1992). *The Law*. London: Routledge.
- WALDRON, J. (1999). *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALDRON, J. (2011). *The rule of law and the importance of procedure*. En: FELMING, J. (ed.). *Getting to the rule of law. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. New York: New York University Press y Nomos, 3-32.
- WINDSCHEID, B. (1856). *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Budeus.
- WORMALD, P. (1986). *Settlement of disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZÖLLNER, W. (1990). Materielles Recht und Prozeßrecht. *Archiv für die Civilistische Praxis* 190.