

N° 11 - Año 2021-2  
ISSN: 2525 - 1600



RRA

REVISTA  
ACADÉMICA

IESPYC

Instituto de  
Estudios  
Sociales,  
Política y  
Cultura



UNIVERSIDAD  
DE SAN PABLO-T  
Tucumán | Argentina

# IESPYC

**Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura**

**Revista Académica**

**Universidad de San Pablo-Tucumán**



**Tucumán, República Argentina, Diciembre 2021**

**IESPYC.** Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura. Revista Académica.

N°11 – Año 2021-2

Tucumán, República Argentina.

ISSN 2525-1600

Revista de Investigación Académica

**Editorial:**

EDUSPT. 24 de Septiembre 476.

4000. San Miguel de Tucumán. Tucumán, Argentina.

Contacto: [Informes@uspt.edu.ar](mailto:Informes@uspt.edu.ar)

[www.uspt.edu.ar](http://www.uspt.edu.ar)

Quedan expresamente prohibidas, sin la autorización correspondiente, la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento. El contenido de los trabajos, como así también los permisos para reproducción de figuras y tablas, es responsabilidad de los autores.

© Universidad de San Pablo-Tucumán

Queda hecho el depósito que previene la ley  
Impreso en Argentina – Printed in Argentina

ISSN 2525-1600

Diciembre de 2021

## **Autoridades de la Universidad**

**Presidente de la Fundación para el Desarrollo**  
*Dra. Catalina Lonac*

**Rector**  
*Dr. Ramiro Albarracín*

**Vicerrector**  
*Dr. Inés de los Ángeles Yamúss*

**Director del Instituto de Desarrollo e Innovación Tecnológica para la Competitividad Territorial**  
*Dr. Federico Pérez Zamora*

**Director del Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura**  
*Abog. Mariano Arcas*

**Director del Instituto de Salud y Calidad de Vida**  
*Mag. Horacio Deza*

**Director del Instituto de Diseño, Estrategia & Creatividad**  
*Arq. Matías Rohmer-Litzmann*

**Directora del Instituto de Educación a Distancia y Tecnología Educativa**  
*Abog. Carolina López Flores*

**Directora del Instituto de Innovación Educativa**  
*Ing. Patricia Choma*

**Director del Instituto de Educación y Gestión Deportiva**  
*Lic. Federico Egloff*

**Dirección de evaluación y acreditación**  
*Mag. Silvia Martínez*

**Dirección Unidad Económico y financiera**  
*CPN María Cristina Peralta*

**Secretaría de Extensión y Cultura**  
*Abog. Juan Grande*

**Secretaría de Investigación, Desarrollo y Cultura**  
*Dr. Álvaro Pérez Ragone*

**AUTORIDADES DE LA REVISTA**

**DIRECTOR:** Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone (Universidad de San Pablo Tucumán)

**SECRETARIO DE REDACCIÓN (Editor):** Prof. Dr. Javier Habib (Universidad de San Pablo Tucumán)

**CONSEJO EDITORIAL CIENTÍFICO**

***Derecho:***

Prof. Dr. Juan Carlos Veiga (Universidad Nacional de Tucumán)

Prof. Dra. Diana Ramirez (Universidad Católica de Oriente) (Antioquia)

Prof. Neil Andrews (Universidad de Cambridge) (Cambridge-UK)

***Ciencia Política:***

Prof. Dr. Diego J. Gantus (Universidad Nacional de Rosario - Universidad Nacional de Entre Ríos)

Prof. Dr. Luis León Ganatios (Universidad Autónoma de Guanajuato) (Guanajuato)

Prof. Dra. Gabriela Ippolito-O'Donnell (Universidad de San Martín)

**COMITÉ EDITORIAL**

Prof. Dr. Gonzalo Casas (Universidad Nacional de Tucumán-Universidad San Pablo-Tucumán)

Prof. Dr. Luis Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná) (Curitiba)

Prof. Dr. Pablo Neme (Universidad San Pablo)

Prof. Dra. Magaly Saenz San Martin (Universidad Sorbona Nueva - París 3 (Francia) ; Instituto Latinoamericano de Gobierno y Políticas públicas - ILAGOP (Lima))

Prof. Dra. Marina Acosta (CONICET-Universidad de Buenos Aires )

Prof. (Cand. Doctor) Analía Orr, (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco)

## **PRESENTACIÓN**

La Revista IESPYC es una publicación semestral que recoge los resultados de los trabajos de investigación de profesores e investigadores nacionales y extranjeros, que sean de interés para la comunidad en las áreas de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales. La misión de IESPYC es abordar temas multidisciplinarios de investigación y/o análisis que posean un interés regional, nacional e internacional. Las publicaciones pueden realizarse en español, inglés o portugués. La Revista, está puesta al servicio de la comunidad científica y académica en general (docentes, investigadores y estudiantes), dirigida tanto a la teoría o la práctica, que buscan profundizar en el conocimiento en las respectivas áreas de interés.

***ARTÍCULOS DE  
INVESTIGACIÓN INÉDITOS***

**CAMBIOS GEOPOLÍTICOS EN MEDIO ORIENTE:  
LOS ACUERDOS DE ABRAHAM**

**GEOPOLITICAL CHANGES IN THE MIDDLE EAST:  
THE ABRAHAM AGREEMENTS**

Sabio Mioni, Macarena<sup>1</sup>

Universidad San Pablo – Tucumán

Resumen: El propósito de este artículo es analizar las razones que llevaron al acercamiento y posterior firma de acuerdo de normalización de relaciones entre Israel, Emiratos Árabes Unidos y Bahrein a través de los denominados Acuerdos de Abraham, generando así unos de los cambios geopolítico más importante de los últimos años en la región de Medio Oriente. En este recorrido se tendrán en cuenta los siguientes factores, en primer lugar el accionar de la administración Trump y el apoyo incondicional que brindó al proceso de negociación incentivando a través de ayudas y concesiones a las partes. En segundo lugar la amenaza de Irán y el temor compartido de éstos países ante el avance de los iraníes en la región y por último el impacto regional de las revueltas de la Primavera Árabe.

Palabras claves: Israel, Emiratos Árabes Unidos, Bahrein, Estados Unidos, acuerdos

Abstract: The objective of this article is to analyze the reasons for the agreement to normalize relations between Israel, the United Arab Emirates and Bahrain through the so-called Abraham Accords, generating one of the most important geopolitical changes in recent years in the Middle East. The following factors will be analyzed, first of all the Trump administration's support for the negotiation process, encouraging the parties through aid and concessions. Secondly, the threat from Iran and the shared fear of these countries for the progress of the Iranians in the region and, finally, the impact of the Arab Spring.

---

<sup>1</sup> msabio@uspt.edu.ar



Keys words: Israel, United Arab Emirates, Bahrein, USA, agreements

### *I. Introducción*

El año 2020 quedará en la historia de las relaciones en Medio Oriente por la firma de los Acuerdos de Abraham entre Israel, Emiratos Árabes Unidos (EAU) y Bahrein. Los símbolos son una herramienta poderosa en política internacional y allí radica la importancia de estos tratados, ya que representan una histórica declaración de paz entre Israel y los dos países del golfo. El hecho de que se hayan denominados “Acuerdos de Abraham” apela al elemento de unión que hay entre los pueblos semitas que es el patriarca de las tres principales religiones monoteístas del mundo.

Indudablemente, los acuerdos de Abraham marcan un cambio geopolítico de las relaciones árabes-israelíes, ya que implica dejar de lado el principio que regía en la región establecido en la reunión de Jartum en 1967, que determinaba el consenso entre los árabes a no establecer vínculos formales con Israel sin una resolución de la cuestión palestina empezando por el fin de la ocupación. Este principio fue ignorado en dos oportunidades anteriores por países árabes que habían estado en guerra con Israel, primero fue Egipto en 1979 con los acuerdos de Camp David que ponen fin a años de enfrentamiento armado entre ambos y luego los acuerdos con Jordania que normalizó las relaciones y resolvió las disputas territoriales.

El propósito de este artículo es analizar las razones que llevaron a este cambio geopolítico en la región que marca un punto de inflexión en las relaciones de Medio Oriente. En primer lugar, hay que destacar el accionar de la administración Trump y el apoyo incondicional que brindó al proceso de negociación, incentivando a través de ayudas y concesiones a las partes, como lo hizo anteriormente, en los acuerdos de Camp David entre Israel-Egipto y los tratados de paz con Jordania. En segundo lugar, la amenaza de Irán y el temor compartido de estos países ante el avance de los iraníes en la región y por último es necesario destacar las consecuencias regionales y globales de las revueltas de la Primavera Árabe.

Cabe aclarar que en el presente trabajo se analizarán los acuerdos alcanzados entre Israel y EAU y Bahrein, no se incluyen los alcanzados posteriormente con Sudán y con Marruecos. También hay que precisar que con EAU se firmó un tratado internacional ya que las negociaciones fueron mucho más complejas y se necesitó un documento más formal, por su parte con Bahrein se firmó una Declaración de Intenciones, puesto que con Israel ya mantenía varios contactos formales e informales.

## *II. Antecedentes*

En este apartado se analizará los antecedentes de acuerdos de paz firmados entre Israel y países árabes. Como datos destacados debemos mencionar que anteriormente Israel firmó dos acuerdos de paz con países con los que había tenido duros enfrentamientos armados. Uno de ellos, los conocidos acuerdos de Camp David firmados con Egipto en el año 1979 y décadas después el acuerdo de paz con Jordania.

Con respecto al acuerdo de Camp David, que marcó el fin de 30 años de hostilidades y cuatro enfrentamientos armados, hay que mencionar que fueron arduas y complejas negociaciones en la que intervino como mediador Estados Unidos con el presidente Jimmy Carter al frente. Estos acuerdos quedaron en la historia como un logro supremo para la política exterior de la Administración Carter.

Hay que resaltar que Israel y Egipto habían tenido cuatros enfrentamientos armados en las décadas anteriores, en la que Egipto lideró una amplia alianza con los países árabes para derrotar a Israel. Una de las guerras más importantes de este periodo fue la famosa Guerra de los Seis Días, en la que Israel conquista parte del territorio egipcio de la Península del Sinaí y va a ser la razón por la cual deben negociar en Camp David. Luego de esta guerra va a suceder el último enfrentamiento armado entre el ejército de Israel y los ejércitos árabes nuevamente liderados por Egipto, se va a conocer como la Guerra del Yom Kippur.

A pesar de la desconfianza entre las partes, el presidente egipcio Sadat y el primer ministro israelí Meir utilizaron la guerra para marcar el comienzo de un período de diplomacia liderada por Estados Unidos. El tratado de paz entre ambos países, firmado el 26 de marzo de 1979, fue el primer tratado entre Israel y un vecino árabe que había sido hostil. Dicho tratado tuvo una influencia positiva sobre Israel cuando llegó a un acuerdo con la OLP en 1993 y con Jordania en 1994.

De esta manera, Egipto se posicionó como el primer país árabe en reconocer oficialmente a Israel, lo cual, claramente, le supuso el rechazo de sus vecinos, como así también, una gran tensión interna. Los egipcios se quedaban aislados en el mundo árabe que les retiraba no sólo el reconocimiento sino también las ayudas económicas. Y en 1981 Sadat va a pagar con su vida, luego de que sea asesinado por un grupo islamista radicalizado.

Es interesante destacar el rol de Estados Unidos en la concreción de estos acuerdos, algo similar se puede observar en la consecución de los acuerdos de Abraham,

la férrea voluntad del presidente Carter y la del presidente Trump, respectivamente, al punto tal de hacer considerables concesiones para lograr el objetivo.

En 1979, plena Guerra Fría, Estados Unidos mostró al mundo su hegemonía y capacidad para influir de manera decisiva en la resolución de un conflicto en Oriente Medio; a partir de entonces y hasta la fecha, sería el único país capaz de hacer valer sus intereses en esa región. A su vez, al crear una alianza con Egipto, el país árabe más poderoso, y con el consiguiente definitivo desplazamiento soviético de la zona, Estados Unidos lograba un ambiente de paz con mayor certidumbre en beneficio de su principal aliado en la zona: Israel (Prado Lallande, 2005).

Los acuerdos de Camp David establecieron compromisos financieros de Estados Unidos para suministrar a partir de 1979, mediante diversos mecanismos, ayuda a Israel y Egipto por más de 5000 millones de dólares anuales, los cuales no han variado de manera considerable hasta nuestros días. De no ser por la ayuda económica y militar de Estados Unidos, la paz entre Egipto e Israel difícilmente hubiese sido posible (Prado Lallande, 2005).

Por su parte, el acuerdo con Jordania va a llegar varias décadas después, el 26 de octubre de 1994, el primer ministro Itzjak Rabín y el primer ministro Abdul-Salam Majali firmaron el Tratado de Paz entre el Estado de Israel y el Reino Hashemita de Jordania, el segundo tratado de paz que firmara Israel desde su independencia. Dejando de lado la fórmula “Paz por territorios” que había regido desde su aprobación en la resolución N° 242 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, luego de la guerra (Consejo de Seguridad de ONU, 1967) el rey Hussein renuncia en 1994 a los derechos históricos de Jordania sobre Cisjordania para poder avanzar en el proceso de paz con Israel.

El acuerdo comprende varios ítems a destacar: demarcación de la frontera, asuntos referentes a los recursos hídricos, cooperación policial, temas ambientales y cruces de fronteras, y seis mapas. Luego de ser ratificado el acuerdo de paz, Israel y Jordania establecieron relaciones diplomáticas plenas el 27 de noviembre de 1994, incluyendo el nombramiento de embajadores y la apertura de embajadas. Desde entonces, las relaciones entre Israel y Jordania han avanzado de manera estable (Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, 2021).

A pesar de que el tratado no significó un aumento en los intercambios comerciales y económicos como se esperaba, sí se puede remarcar que en materia de seguridad la cooperación fue más estrecha entre ambos países, ya que existen amenazas a la seguridad

nacional compartidas, por ejemplo los grupos armados palestinos y la amenaza del terrorismo yihadista, como el caso del Estado Islámico en zona fronteriza y la creciente presencia de Irán a través de Hezbolá en la región

El acuerdo de paz fue la base para el establecimiento de relaciones políticas entre Jordania e Israel, inexistentes de forma pública hasta antes de 1994. No obstante, no hubo una verdadera reconciliación entre las sociedades, al contrario hay un fuerte rechazo entre ellas. Siguiendo el análisis de Silva Sánchez, para entender la dimensión política hay que prestar atención a un aspecto clave del acuerdo: se trata ante todo de un pacto entre caballeros, un acuerdo fruto del respeto y el entendimiento mutuo entre Hussein y Rabin que, tras la desaparición de ambos, no puede ser replicado por otros actores. Esto significa que el tratado, ante todo, es un tratado entre élites y no entre sociedades (Silva Sánchez, 2019)

En este caso, la intervención de EEUU también resultó fundamental para alcanzar el acuerdo. La voluntad del presidente Clinton en llevar estabilidad a Medio Oriente fue una de las características de su administración. La firma del acuerdo de paz resultó en la condonación inmediata por parte de Estados Unidos de la deuda exterior y otros arreglos económicos cuyo monto ascendió a más de 3000 millones de dólares (Silva Sánchez, 2019).

De esta manera podemos analizar que las razones de los acercamientos tienen que ver con un cambio de perspectivas de los respectivos dirigentes de cada país, se deja de lado principios dogmáticos e ideológicos y pasan a tener una visión más realista y pragmática, intentando generar beneficios concretos priorizando el interés nacional, así es como Sadat, Begin, Rabin y el Rey Hussein tienen la voluntad de dejar atrás años de enfrentamiento y acordar la paz.

Por otro lado, cabe resaltar la voluntad de Estados Unidos para acercar a las partes, primando en ese accionar el interés de mantenerse como potencia hegemónica en la región, tanto en los setenta como en los noventa su objetivo fue tener una posición de protagonismo, de control y llevar estabilidad a la región. En estos casos se puede observar que la ayuda económica y militar es uno de los instrumentos políticos y económicos de Estados Unidos para lograr sus objetivos geopolíticos en Medio Oriente.

### *III. Las razones del acercamiento entre Israel y los países del Golfo*

Como se mencionó anteriormente, una de las principales características a enfatizar del acercamiento y el proceso de negociación entre estos países es el pragmatismo. Se

dejaron de lado principios ideológicos para priorizar el interés nacional del estado. La política exterior de estos tres países se caracterizó y se caracteriza por estar en función de su propio proceso de construcción estatal.

Tal como plantea Elizabeth Marteu estos acuerdos representan la victoria del realismo geopolítico sobre el simbolismo transnacional de la causa palestina (Marteu, 2021), sin lugar a dudas, el pragmatismo de sus autores ha sido el motor que ha permitido el acercamiento, la negociación y la firma de los acuerdos.

Históricamente el factor que más ha contribuido a una identidad de unión entre los pueblos árabes ha sido la solidaridad hacia la causa palestina, eso parece estar llegando a su fin, ya que en este caso vemos que prevaleció el principio de “paz árabe – israelí sin paz palestino – israelí”. En este sentido es interesante recalcar la ausencia en el texto de las Resoluciones (históricas) 242, de 1967, y 338, de 1973, de las Naciones Unidas. Probablemente esta ausencia se debe al deseo de desvincular los acuerdos de Abraham del conflicto entre israelíes y palestinos, asunto que ha envenenado acuerdos previos como los de Camp David y de Oslo (Priego, 2020).

Los 3 “noes” de la Cumbre de Jartum: no a la paz con Israel, no al reconocimiento de Israel y no a negociar con Israel fue dejado de lado por EAU y Bahrein, priorizando otros intereses. En primer lugar el interés de mantener buena relación y obtener ayuda y beneficios por parte de la Administración Trump, quién desempeñó un papel primordial para incentivar a los países a firmar, en segundo lugar, el interés común con Israel de mantener controlado y aislado a Irán, este temor compartido también fue un motivo para el acercamiento. Y por último, pero también muy destacado, tiene que ver con el impacto de las revueltas de la Primavera Árabes y sus repercusiones en los equilibrios de poder regional y global.

Además de estas razones geopolíticas, también tuvieron un considerable peso los factores diplomáticos, económicos, comerciales y académicos.

Se abrieron embajadas estableciendo relaciones diplomáticas plenas con intercambio de embajadores. Se habilitaron vuelos comerciales y se anunció la creación de un fondo de inversión de 10 mil millones de dólares en múltiples sectores como energía, agua, materia espacial, medicina, y tecnología agrícola.

En el ámbito académico se firmaron acuerdos de cooperación y movilidad de alumnos, docentes e investigadores directamente entre Universidades de Israel y EAU.

Un dato muy interesante del proceso de negociación es la importancia de los canales no formales de comunicación, sobre todo en casos como el presente, que despierta muchas susceptibilidades en otros actores, con lo cual es fundamental iniciar los primeros contactos a través de canales no oficiales lo que permite mantenerlo en secreto y de esta manera poder avanzar sin presiones y sin boicot. En otras oportunidades del complejo y largo conflicto árabe–israelí, ha sido muy productivo utilizar estas vías alternativas para llegar a buen puerto. Una de las prácticas más utilizadas y exitosas suelen ser los acercamientos entre académicos. En este caso se mantuvo abierto un canal de comunicación entre profesores universitarios para conocer las opiniones respectivas en temas sensibles como venta de armamentos o en cuanto a la relación con Irán.

También hubieron una serie de encuentros personales e informales, que algunos de ellos fueron posible gracias a los judíos norteamericanos que estaban como embajadores en países del golfo y facilitaron dichos encuentros O en la caso de Bahréin, los acercamientos fueron promovidos por los lazos familiares, específicamente de la rama Nonoo, unos judíos iraquíes que se establecieron en Bahréin hace más de 100 años y que llegaron a tener fuertes lazos con las altas esferas políticas de Estados Unidos, que estaban relacionadas con la familia Trump, puntualmente con el yerno del Presidente, Jared Kushner, quién fue una pieza clave en el proceso de negociación, ya que también tenía vínculos con el embajador de EAU (Priego, 2020)

#### 1. El papel de Estados Unidos en los acuerdos de Abraham

El rol de Trump en el proceso de negociación como facilitador y mediador fue esencial para lograr el objetivo final, convirtiéndose en uno de sus éxitos en política exterior.

Sus propios intereses son los que prevalecieron para tal acción. En primer lugar el interés norteamericano de generar presión sobre Irán, su enemigo acérrimo en la región, con el propósito de crear las condiciones para un acuerdo nuclear más beneficioso que el de 2015. Para tal fin, trabajó para forjar un nuevo equilibrio estratégico regional basado en una coalición entre Israel y el Golfo, también alentando y apoyando a Arabia Saudita, histórico aliado y potencia regional que se enfrenta a Irán. Este fue el fundamento estratégico de los acuerdos de Abraham y el “Muro de Hierro” israelí – Golfo para contener las ambiciones iraníes.

Es decir que, el nuevo sistema de seguridad inherente a la estrategia de la administración Trump tiene como garantes a Israel y las monarquías del golfo, especialmente a Arabia Saudita.

Los países del Golfo siempre se mostraron más abiertos a la colaboración con Estados Unidos, son países ricos en petróleo y con gobiernos pragmáticos volcados a construir una política exterior basada en el realismo político. Es por esto que Washington decidió aplicar otros incentivos para acercar a las partes y lo hizo a través de ayudas económicas y ventas beneficiosas de material bélico. Un modus operandi similar al que llevó a cabo en otras oportunidades como con Egipto y Jordania.

En el caso de EAU, la potencia norteamericana propició la venta de aviones F35 y drones avanzados que fue parte de una cláusula secreta del acuerdo, aún yendo en contra de la posición israelí de mantener la superioridad militar en la región, una promesa hecha por Washington a Israel luego de la guerra del Yom Kippur y que fue cumplida hasta estos acuerdos (Nahum, 2020).

También hay q resaltar que el presidente Trump presionó a su par Netanyahu para que se comprometiera a no anexionar el Valle del Jordán y otros territorios de Cisjordania, algo que también fue incluido en lo acordado.

En relación a Bahrein, ya había un camino previamente recorrido bilateralmente con Israel, con lo cual el terreno estaba mejor preparado para la firma del acuerdo y la oportunidad se dio con el impulso de Trump.

Ya en el año 2005 la monarquía del Golfo abandona la histórica postura de la Liga Árabe de boicotear a Israel que estuvo supeditada a la firma del acuerdo de libre comercio con Estados Unidos (Office of the Unites Estates Trade Representative, 2006)

Tal como asevera el profesor Priego, Washington provocó un cambio en la posición de Manama respecto a Israel, poniendo sobre la mesa la opción de firmar un acuerdo de libre cambio. Otros incentivos a la cooperación de Bahrein con EE. UU. e Israel son el amarre de la Quinta Flota de los Estados Unidos en puertos bahreinís o la consideración de Bahrein como un Major Non-Nato Ally (Priego, 2020)

La ayuda militar como el suministro de armas en condiciones más favorables que las de mercado y otros tipos de incentivos como TLC o formar parte de alianzas militares son instrumentos históricamente utilizados por Estados Unidos para lograr objetivos estratégicos en zonas sensibles para sus intereses. Este tipo de accionar ya se vio en el caso de Egipto y Jordania y lo vemos nuevamente con los países del Golfo.

En lo que a Donald Trump se refiere, en el plano de la política exterior los acuerdos de

Abraham le impulsaron a niveles alcanzados por Carter o Clinton, lo que además de maquillar su gestión, le permitirán posicionarse a un buen nivel en la historia de los presidentes norteamericanos (Priego, 2020)

## 2. La hegemonía iraní y su plan nuclear

Prestigiosos especialistas en el área de Medio Oriente, coinciden que la principal razón para cambiar la dinámica de las relaciones entre Israel y las potencias del golfo responde a la emergencia iraní como potencia regional expansionista y fundamentalmente a su obstinado plan nuclear. Desde hace décadas que Irán viene trabajando incansablemente para producir su armamento nuclear y esto es visto como una amenaza principalmente para Israel, país con el que mantienen una hostilidad histórica, aunque nunca se enfrentaron directamente.

Por su parte, las monarquías del golfo tienen una feroz competencia por el liderazgo regional con Irán, razón por la cual van a buscar nuevas alianzas y mecanismos para aislar a su adversario y poder mantenerlo ahogado a través de este “eje” de resistencia.

Tal como analiza el profesor Priego, el temor y la desconfianza hacia Irán se inicia luego de 1979 con la Revolución Islámica. Este cambio y las ambiciones del Ayatollah favorecieron, con los años, al acercamiento de Israel a los países del golfo incluso a Arabia Saudita. Priego señala que el temor no solo es por el plan nuclear, sino que se debe también a otros tres factores, a saber: el apoyo a grupos insurgentes; la desestabilización de las monarquías del Golfo y el control de las zonas de tránsito marítimo y explotaciones petrolíferas (Priego, 2020).

En relación al plan nuclear, empezó a suponer una preocupación para la comunidad internacional a partir de 2002, cuando se descubrió que existían centros clandestinos, uno de enriquecimiento de uranio en Natanz y uno de agua pesada en Arak. Desde entonces, Irán siguió desarrollando un programa nuclear alarmante sobre todo por su secretismo y falta de colaboración con la Comunidad Internacional.

La desconfianza se incrementó a partir del acuerdo alcanzado en 2015 en el que se levantaban las sanciones económicas y se entendía este hecho como la posibilidad de desarrollar armas nucleares. Y a partir de 2019, Irán comenzó a superar los límites a la



cantidad y la pureza del uranio que se le permitía enriquecer, llegando sucesivamente al 5, 20 y 60 % (DW, 2021)

Además, Irán está empeñado en un proyecto para el desarrollo de misiles balísticos. Con la realización de diferentes ensayos de misiles de alcance medio ha demostrado que puede alcanzar toda la región del Oriente Medio (Campo Roblés, 2021).

Por otro lado, la República se ha caracterizado por su patrocinio a grupos islamistas radicalizados de la zona que buscan desestabilizar la región. Para estos fines, Irán usa la Fuerza Quds para promover sus intereses en el extranjero, proporcionar cobertura para las operaciones de inteligencia y crear inestabilidad en Oriente Medio. Irán mismo reconoce la participación de la Fuerza Quds en los conflictos de Irak y Siria, y es el principal mecanismo que han utilizado para cultivar y apoyar a los representantes terroristas. Así también, apoya a varios grupos terroristas proporcionando fondos, entrenamiento, armas y equipamiento. Entre los grupos están el Hezbolá libanés, Hamás, la yihad islámica palestina, Kata'ib Hizbulá (KH) en Irak y las brigadas Al-Ashtar en Baréin (Departamento de Estado de EEUU, 2018)

Además, ha proporcionado armas y apoyo a los grupos militantes chiitas de Irak, los hutíes de Yemen y los talibanes de Afganistán, que son responsables de ataques contra tropas occidentales, gobiernos y fuerzas de seguridad locales, y misiones diplomáticas en estos países. Miles de combatientes extranjeros, principalmente chiitas y afganos, reclutados por Irán luchan actualmente en Siria para apuntalar al gobierno de Assad, lo que brinda a Irán una potencial fuerza expedicionaria que podría redistribuir para desestabilizar otras regiones, incluso el sur de Asia (Departamento de Estado de EEUU, 2018).

Teherán asimismo ha utilizado el mar para enfrentarse a sus vecinos del golfo, así como a los intereses de Estados Unidos y tiene un objetivo claro de expandir su poder en el golfo Pérsico y más allá, la zona geoestratégica más sensibles es el Estrecho de Ormuz, un paso marítimo internacional, la estrecha vía a través de la cual pasa el 20 por ciento del petróleo mundial. En varias oportunidades los iraníes han amenazado con cerrar el estrecho.

En esta línea, ha llevado guerras por medio de sus proxies en el mar, proporcionando armas y asesores a los militantes hutíes en Yemen, quienes a su vez han atacado buques de guerra y embarcaciones comerciales en el mar Rojo.

Por su parte, la República Islámica de Irán se ha sentido amenazada desde su

creación en 1979. No en vano, el régimen de Saddam Husein intentó arrebatarse a Irán la región fronteriza de Shatt al-Arab, lo que dio lugar a la guerra Irán-Irak en la década del 80, que finalizó sin un claro vencedor. También desde su creación el régimen iraní ha sentido la animosidad de los Estados Unidos, acrecentada por la presencia militar norteamericana en Afganistán desde 2001 y en Irak desde 2003. Los líderes iraníes tienen la percepción de que los Estados Unidos buscan un cambio del régimen de los ayatolás. Por estas razones, Irán considera su programa nuclear como un elemento de disuasión estratégica al mantener abierta la posibilidad de desarrollar armas nucleares (Campo Roblés, 2021).

En relación al acuerdo árabe-israelí, Teherán los ha catalogado como una “estupidez estratégica” y manifestó que la normalización de relaciones con Israel “no será perdonada”. El presidente Rohani manifestó que EAU había cometido un “gran error, un acto de traición” con la causa palestina, y le recomendaba que volviera al camino correcto alejándose de Israel (Zaccara, 2020).

Irán siempre compitió por el lugar de “protector de los lugares sagrados de Palestina” dentro del mundo musulmán, para posicionarse en un rol de preponderancia geopolítica y de influencia regional, esto lo llevó a comprometerse con la causa palestina. Pero más allá de su defensa a los palestinos, lo que más le preocupa de los acuerdos entre israelíes y las monarquías del golfo es la ayuda económica, tecnológica y militar de Israel y Estados Unidos a EAU, que implicaría la presencia de militares o asesores israelíes frente a las costas iraníes del golfo Pérsico.

Con lo cual la situación es de cierta fragilidad y tensión, más teniendo en cuenta que a Irán se suman también otros países como Turquía y Qatar, que forman la triada en contra de las injerencias de Israel y Estados Unidos en la zona.

### 3. El impacto regional de la Primavera Árabe

La mayoría de los analistas coinciden en que la causa principal del acercamiento entre árabes e israelíes tiene que ver con las ambiciones iraníes y el temor que despiertan. No obstante, hay otros expertos que sostienen otras hipótesis como explicación principal a los acuerdos.

En el caso del profesor Lion Bustillo, pone en duda la idea del temor compartido a Irán ya que en momentos en los que la influencia iraní se encontraba al alza (por ejemplo, tras la guerra entre Israel y Hezbollah en 2006) ni Tel Aviv ni Abu Dhabi

consideraron necesario el llevar adelante este paso. Así el autor sostiene que no sería por tanto lógico el adoptarlo cuando la posición de Teherán en la región ha sufrido un notable deterioro y cuando los propios EAU han abierto una vía de contacto con Teherán para calmar las relaciones. Por el contrario, se subraya la existencia de una creciente comunión de intereses entre ambas potencias poco vinculados a la cuestión iraní y que tienen mucho más que ver con el impacto de las Primaveras Árabes y sus repercusiones en los equilibrios de poder regionales y mundiales (Lion Bustillo, 2021)

El profesor Lion Bustillo y otros autores sostienen que los países del golfo Pérsico experimentaron un cambio sustancial desde el inicio de la Primavera Árabe en 2011. Los levantamientos populares en contra de regímenes autoritarios y corruptos, promovieron fuerzas políticas a nivel regional en las que el islamismo y el antiislamismo político tuvieron mucha influencia. En el caso de EAU se defendió una política explícitamente antiislamista ante el temor del avance de grupos radicalizados en la zona.

Justamente Israel y EAU coinciden en una frontal oposición a la denominada Primavera Árabe, al considerar que la democratización de los países árabes conduciría a la caída de los que denominan “regímenes moderados” y a su reemplazo por actores menos dispuestos al compromiso, de esta manera han iniciado una cooperación discreta, pero profunda en el área de la tecnología de la seguridad, que puede permitir a los Emiratos estrechar el control sobre su población para impedir la existencia de cualquier germen opositor tanto entre sus ciudadanos como entre los expatriados allí residentes (Lion Bustillo, 2021)

La Primavera Árabe obligó a los países del golfo a redefinir los objetivos de política exterior priorizando su seguridad nacional y reconsiderando las alianzas a nivel regional para convertirse en actores globales, con el propósito claro de luchar contra los movimientos islamistas para garantizar la estabilidad interna.

Si bien en el golfo las revueltas fueron más limitadas que en otros países árabes, sí alcanzaron a Bahrein donde el levantamiento tuvo un marcado carácter sectario entre chiítas y sunnitas con intervenciones de potencias regionales.

En este contexto de tumultos y revueltas en el mundo árabe, EAU dirige su política exterior a intervenir en los diferentes focos de conflictos, las primeras de estas injerencias fue en Egipto tras la victoria de Morsi el candidato de los Hermanos Musulmanes. Esa fue la misma línea para las intervenciones en Bahrein, Libia, Siria, Irak y Yemen. Evitar el expansionismo del islamismo no era solamente una prioridad en el ámbito exterior,

sino que tenía un efecto en su estabilidad interna. Tal como señaló Anwar Gargash, ministro de Exteriores emiratí entre 2008 y 2021, la oposición al islamismo ha sido una de las líneas maestras de la política exterior emiratí, especialmente tras las Primaveras Árabes (Guirado, 2021)

Es decir, que a medida que las protestas iban ganando fuerzas en varios países árabes y sobre todo cuando los levantamientos llegan a Bahréin, en EAU se agravó el temor al ascenso del islam político sunní (Hermanos Musulmanes) o chií (activistas proiraniés, Hezbolá en Líbano y Siria, las milicias progubernamentales en Irak y los Huziés en Yemen). A partir de aquí, los intereses exteriores y de economía política van a motivar no solamente una expansión del rol de EAU en Oriente Medio, sino la adquisición de un papel que determina el mapa de relaciones con y entre los demás actores de la región, por una parte, y el resto de potencias globales, por otro. (Guirado, 2021).

Esta situación fue la que motivó el acercamiento a Israel, la coincidencia entre ambos para diagramar el nuevo mapa geopolítico de Medio Oriente luego de las caídas de gobiernos y las nuevas situaciones creadas por la Primavera Árabe con la injerencia de potencias globales como Estados Unidos y Rusia.

Así se fue forjando silenciosamente la alianza a la que luego se suma Bahréin, con la que ya existían lazos por los encuentros informales que la unían con Israel.

#### *IV. Conclusión*

Sin lugar a dudas, los acuerdos de Abraham son históricos, trascendentales y marcan un punto de inflexión en el tablero geopolítico de Medio Oriente. Estos acuerdos son un resultado de grandes movimientos que se vienen dando en la región hace por lo menos una década y que se están consolidando.

Como se analizó en el artículo, vemos tres desarrollos geopolíticos que impulsaron el acercamiento paulatino, silencioso y pragmático entre Tel Aviv, Abu Dhabi y Manama. Por un lado, la amenaza de Irán, su plan nuclear y su patrocinio a grupos terroristas islámicos. Por otro lado, las consecuencias regionales que trajeron aparejada la Primavera Árabe y los movimientos islamistas de la región. Y, por último, la obstinada voluntad de Estados Unidos y su política de contención a Irán y los grupos radicalizados. Sin el papel de la potencia norteamericana como facilitador e impulsor de los encuentros la firma de los acuerdos no hubiera sido posible.

No obstante, el elemento central es la voluntad pragmática de los respectivos gobiernos, dejando de lado resquemores y visiones ideológicas que no conducían a ninguna mejora, sobre todo para los árabes. Históricamente, el principal obstáculo fue la cuestión palestina, la resolución del conflicto siempre fue una condición sine qua non para la seguridad regional.

Lo más destacables de éstos acuerdos tienen que ver con el cambio de paradigma que introducen en las relaciones árabes-israelíes, ya que por primera vez en la historia se implementa una paz positiva que refleja una “paz entre pueblos”, no solo entre “elites políticas” como lo fueron los acuerdos con Egipto y Jordania. Los países de los acuerdos de Abraham están libres de limitaciones pasadas, no tienen frontera con Israel y nunca han luchado contra él en el campo de batalla, por lo que no hay sensación de trauma público en ninguno de los lados, lo que puede permitir que las relaciones sigan avanzando y profundizándose, además de que motive a otros países a sumarse. De hecho, Marruecos y Sudán fueron los siguientes en firmar un acuerdo con Israel y se espera que otros países también lo hagan.

Los cambios introducidos por este nuevo paradigma, no solo traerá consecuencias geopolíticas en cuanto a su objetivo central que es contener a Irán y los grupos islamistas, sino que también traerá beneficios en lo económico, comercial, tecnológico, académico y diplomático.

La estructura productiva de los países es claramente complementaria, mientras que Israel es un gran exportador de servicios y bienes tecnológicos, las monarquías del golfo, que son grandes demandantes de estos productos, son exportadores de energía, lo que les hace muy compatibles con Israel.

De esta manera, en un vecindario históricamente turbulento, estos acuerdos institucionalizan cambios profundos en los que se venía trabajando desde hacía años. No obstante, a pesar de este nuevo e incipiente contexto, no hay que perder de vista lo que sostiene el profesor Musmar: “Desde una perspectiva transaccional, en términos de una necesidad común de seguridad y prosperidad económica, el Medio Oriente está listo para las relaciones con Israel. Sin embargo, desde un punto de vista transformacional, la mayor parte de la región aún no está lista para la normalización total. Pocos países de la región, si es que hay alguno, adoptan un enfoque de coexistencia y pluralismo al estilo de los Emiratos Árabes Unidos, y las ideologías extremistas todavía están muy extendidas en la mayoría de las sociedades. La región todavía está llena de ideologías árabes nacionalistas

e islamistas hostiles, y siguen siendo difundidas por los medios de comunicación y entre los intelectuales, no sólo por los radicales. Para que estas sociedades estén preparadas para una paz cálida con Israel, deberán realizarse cambios radicales en sus sistemas educativos y medios de comunicación” (Musmar, 2021)

### *Bibliografía*

Departamento de Estado de EEUU. (2018). *Departamento de Estado de Estados Unidos*.

AFP. (12 de octubre de 2021). Israel firma acuerdo para duplicar el suministro de agua dulce a Jordania. pág. 1.

Campo Roblés, M. (16 de abril de 2021). *Global Strategy* . Recuperado el 13 de noviembre de 2021, de <https://global-strategy.org/el-programa-nuclear-de-iran/>

Consejo de Seguridad de ONU. (Noviembre de 1967). *Consejo de Seguridad de ONU*. Recuperado el 4 de noviembre de 2021, de [https://undocs.org/es/S/RES/242%20\(1967\)](https://undocs.org/es/S/RES/242%20(1967))

DW. (7 de septiembre de 2021). *DW*. Recuperado el 13 de noviembre de 2021, de <https://www.dw.com/es/ir%C3%A1n-aumenta-sus-reservas-de-uranio-altamente-enriquecido/a-59117203>

Guirado, G. d. (2021). Emiratos Árabes Unidos en Oriente Medio. Antiislamismo, militarismo y estrategia de presión múltiple. *Revista Española de Ciencia Política* , 71-96.

Lion Bustillo, J. (2021). *Departamento de Historia, Teorías y Geografía Políticas (Universidad Complutense)*. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de <https://www.recip.es/files/view/pdf/congress-papers/15-0/2540/>

Marteu, E. (2021). Acuerdos de Abraham. Perspectivas regionales . *Afkar Ideas* , 1.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel. (2021). *Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel*. Recuperado el 4 de noviembre de 2021, de <https://mfa.gov.il/MFA/MFAES/MFAArchive/Pages/Tratado%20de%20paz%20Jordan-o-Israeli%20-%20Puntos%20Principale.aspx>

Musmar, F. (13 de septiembre de 2021). *The Begin-Sadat Center for Strategic Studies*. Recuperado el 17 de noviembre de 2021, de Los antiguos tratados de paz versus los acuerdos de Abraham: <https://besacenter.org/the-old-peace-treaties-vs-the-abraham-accords/>

Nahum, B. (18 de agosto de 2020). *U.S. to sell F-35 jets to UAE as part of secret clause in Israel ties agreement*. Recuperado el 9 de noviembre de 2021, de Ynetnews: <https://www.ynetnews.com/article/SJYaHgKMP>

Office of the United States Trade Representative. (enero de 2006). *Office of the United States Trade Representative*. Recuperado el 9 de noviembre de 2021, de <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/bahrain-fta>

Prado Lallande, J. P. (2005). La ayuda exterior estadounidense a Egipto e Israel. *Comercio Exterior*, Vol. 55 , 258 - 269.

Priego, A. (17 de noviembre de 2020). *Instituto de Estudios Estratégicos de España*. Recuperado el 9 de noviembre de 2020, de [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2020/DIEEEO147\\_2020ALBPRI\\_Abraham.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO147_2020ALBPRI_Abraham.pdf)

Silva Sánchez, V. (octubre de 2019). *25 años de Wadi Araba: el ocaso de la paz entre Jordania e Israel*. Recuperado el 4 de noviembre de 2021, de [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2019/DIEEEO96\\_2019VICSIL\\_Jordania.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2019/DIEEEO96_2019VICSIL_Jordania.pdf)

Zaccara, L. (19 de agosto de 2020). *RFI*. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de El Acuerdo de Abraham, ¿qué reacciones y qué impacto para Irán?: <https://www.rfi.fr/es/oriente-medio/20200819-el-acuerdo-de-abraham-qu%C3%A9-reacciones-y-qu%C3%A9-impacto-para-ir%C3%A1n>

**A ADAPTAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO EM PERSPECTIVA  
PANPROCESSUAL: A POSSÍVEL VIA ENTRE O COURT E O CASE  
MANAGEMENT**

**THE JUDICIAL ADAPTATION OF THE PROCEDURE FROM A  
PANPROCESSUAL PERSPECTIVE: THE POSSIBLE ROUTE BETWEEN  
COURT AND CASE MANAGEMENT**

Lucas Cavalcanti da Silva (L.C.S.),  
Universidade Federal do Paraná/Brasil\*

Resumo: O artigo trata da adaptação do procedimento e de institutos processuais ao atual contexto do sistema de justiça civil, que para um adequado funcionamento deve repensar o modelo de tratamento individualizado de processos. Utiliza-se o método dedutivo, a partir de doutrina de direito processual e de teoria do Direito, com o recurso ao direito comparado. Ao lembrar que a missão institucional do Poder Judiciário é pacificar o Direito e funcionar de acordo com princípios aplicáveis ao serviço público, o trabalho conclui ser necessário reconhecer o poder judicial de adaptação do procedimento em

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Membro do Núcleo de Pesquisa de Direito Processual Comparado da UFPR. Pesquisador do Grupo de Estudos, Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.

O artigo é resultado de investigações acadêmicas no âmbito do Núcleo de Pesquisa de Processo Comparado da Universidade Federal do Paraná.

E-mail: lucas\_taubate@hotmail.com



perspectiva panprocessual, com a descoberta de novos significados de institutos processuais, como meio de viabilizar a eficiência da gestão judiciária.

Palavras-Chave: proporcionalidade panprocessual. gestão de processo. poderes do juiz. adaptação do procedimento. crescimento de significados.

Abstract: the article deals with the adjustment on the procedure and procedural institutes to the context of the civil justice system, which for a proper functioning must rethink the model of individualized treatment of cases. The deductive method is used, from the doctrine of procedural law and the theory of Law, using comparative law. Recalling that the institutional mission of the Judiciary is to pacify the Law and operate according to principles applicable to public service, the work concludes that it is necessary to recognize the judicial power to adapt the procedure in a pan-procedural perspective, with the discovery of new meanings of procedural institutes, as a means of enabling the efficiency of judicial management.

Keywords: Pan-procedural approach. Cases management. Judge's powers. Adjustment on the procedure. Growth of meanings.

### *I. Introdução*

Os problemas de funcionamento da justiça civil têm sido enfrentados, essencialmente, com constantes reformas da legislação processual e com investimentos em soluções de tecnologia da informação aplicadas aos processos. A aprovação de um novo Código de Processo Civil, com suas aspirações por celeridade e eficiência, e a apresentação de inovadores softwares de gestão processual dão o tom dos caminhos eleitos para a tentativa superação da crise do sistema de justiça.

Já não é mais novidade reconhecer no juiz a figura de gestor de recursos humanos e materiais aplicados aos processos. Exige-se dele que se acostume às ferramentas digitais e adquira conhecimentos de administração que ainda hoje não são ensinados nos cursos de Direito, tudo em nome de um melhor funcionamento do sistema de justiça. Entretanto, parece não ter havido a percepção de que o juiz pode ter como meio eficaz de

administração dos processos a aplicação de institutos processuais (que lhe são mais familiares do que conceitos de gestão de pessoas e coisas) de uma forma que supere a visão tradicional da cultura jurídica, que de acostumada à multiplicação de litígios individualizados, deixa de notar que essa multidão de processos que fomenta a crise do sistema de justiça decorre não só de uma patológica sanha litigante, mas das próprias limitações que desnecessariamente impõe a si mesma.

Este trabalho pretende investigar o potencial de aplicação de institutos processuais para além dos limites dos processos individuais, aproveitando-os como mecanismos de gestão e de tratamento conjunto de processos, o que pode servir para o enfrentamento da crise do sistema de justiça juntamente com aqueles instrumentos acima mencionados. Propõe-se uma visão que permita vislumbrar determinados institutos processuais como fontes para o juiz fazer não só a gestão de casos individuais (*case management*), mas o gerenciamento da plêiade de processos sob sua responsabilidade e de seus colegas de mesma competência jurisdicional, em uma perspectiva localizada de *court management*.

Para tanto, é preciso trazer à memória que o papel confiado ao Poder Judiciário vai muito além da solução dos conflitos individuais. Se a atividade jurisdicional não pode se descolar de seu aspecto de serviço público arquitetado para resolução de litígios, ela também não pode perder de vista sua missão de contribuir para a construção do Direito, pacificando o sentido e aplicação das normas jurídicas. Encarar o todo (jurisdição) a partir de suas partes (processos individuais) tem desacreditado o Poder Judiciário nessa missão institucional, já que alimenta: a adoção de decisões diferentes para casos iguais; pronunciamentos sobre o Direito a partir de discursos sem reflexão adequada (afinal, ou o juiz vence rapidamente sua carga de processos, ou é por ela vencido); a proliferação de processos evitáveis, repetidos ou em si mesmos justificados e a apropriação do espaço judicial como forma de enriquecimento (lícito e ilícito), situações para as quais a depuração do Direito tem pouca ou nenhuma importância.

É disso que trata a primeira parte do artigo, ou seja, da necessidade de fazer funcionar o sistema de justiça civil como estrutura voltada a afirmar o sentido do Direito ao tempo em que resolve conflitos individuais. A partir disso, justifica-se a atuação do juiz em perspectiva global, em gestão dos processos sob sua presidência capaz de ultrapassar os limites dos processos individualizados, lembrando a todos os atores processuais que o papel do Poder Judiciário não se esgota na produção de estatísticas de julgamento. Trata-se de encarar as partes (processos individuais) a partir do todo (jurisdição).

A segunda parte do trabalho versa sobre a proporcionalidade panprocessual, termo cunhado pelo Prof. Sérgio Cruz Arenhart (2014) a partir das lições de Remo Caponi (2011). Se o respeito à missão institucional do Poder Judiciário de dizer o Direito recomenda tratar as partes a partir do todo, a perspectiva da atividade jurisdicional como serviço público de solução de conflitos encontra naquele princípio caminho seguro para os reclamos constitucionais de eficiência, segurança jurídica e celeridade. Com efeito, a atuação do juiz na gestão conjunta de processos, em uma perspectiva localizada de *court management*, traduz meio adequado, necessário e proporcional para a gestão da grande quantidade de processos levados ao juiz, analisados em seu conjunto e na interrelação existente entre eles. Como será visto adiante, trata-se de usar no processo civil brasileiro as mesmas lentes das *Civil Procedure Rules* (CPR's) da Inglaterra no tratamento dos processos e do funcionamento da máquina judiciária.

E é também no direito inglês que a parte seguinte do artigo encontra base de sustentação para apresentar conceitos de gestão processual essenciais para compreensão da proposta do texto. As ideias que justificam e amparam o *case management* e o *court management* dão significado para o poder judicial de adaptação do procedimento, cujo exercício, dentro de determinadas balizas, permite a gestão em perspectiva panprocessual, em uma possível via entre os mencionados *court* e *case management*.

Por fim, após rápida análise de situações rotineiras enfrentadas no cotidiano forense, propõe-se a aplicação de alguns institutos processuais (como conexão, litisconsórcio, cooperação e coisa julgada) que viabilize a gestão panprocessual. Se o trabalho sustenta ser necessária a revisão da maneira como se concebe a atividade jurisdicional na condução de processos individuais, é exatamente essa mudança de mentalidade que autoriza perceber novos conceitos e alternativas naqueles institutos processuais, já que os conceitos dos institutos acompanham as transformações que testemunham.

## II. A Jurisdição Para Além da Solução de Conflitos Individuais

Embora a atividade do Poder Judiciário, tradicionalmente, seja identificada como a de aplicar as leis ao caso concreto, resolvendo conflitos intersubjetivos, é fato que seus pronunciamentos transbordam para muito além do caso em julgamento.

Jeremy Waldron (2011) lembra que a lei apresenta por vezes conceitos fluidos e que sua aplicação é reclamada a partir das idiossincrasias de cada pessoa nela interessada,

de modo que o sentido da lei acaba sendo determinado pelo próprio Estado em sua atuação judicial. A lei, portanto, torna-se objeto de argumentação e é reconstruída a partir dela, de modo que, mais do que assegurar o respeito à lei formal, o Estado de Direito deve prestigiar o processo de argumentação que forja o sentido da lei, que ocorre no âmbito do Poder Judiciário. A posição do Poder Judiciário como fórum de definição do sentido e alcance do direito, bem como de sua salvaguarda contramajoritária, já está há tempos consolidada.

Este papel conferido ao Poder Judiciário ganha contornos mais fortes no Brasil ao se lembrar o contexto em que promulgada a Constituição Federal de 1988. A Constituição foi editada em um processo de redemocratização como parte de um projeto de país do e para o futuro, o que implicou a apresentação de diversos princípios e conceitos indeterminados em seu texto. Conferir significado a estes princípios e conceitos e colocar fim à disputa por direitos surge como missão do Estado e, precipuamente, como meta institucional do Poder Judiciário. Trata-se, para usar expressão de Melanie Merlin de Andrade (2021), de um pré-compromisso moral ou de uma moralidade institucional que serve de base para o direcionamento do Direito.

O Estado dita o Direito também por intermédio do processo judicial, definindo o conteúdo das normas jurídicas, que no seu momento de nascimento nas Casas Legislativas não passam pelo teste de validação (e concretização) que só as situações da vida são capazes de oferecer. Daí se torna intuitivo que, sem prejuízo da governança articulada e da integridade das funções que advém da separação de poderes, os Poderes Legislativo e Judiciário trabalham, cada um em seu momento, na consolidação das normas jurídicas e, por conseguinte, na estabilidade do Direito.

A atuação jurisprudencial na definição do Direito, como já se disse, ultrapassa as dobras do caderno processual e irradia efeitos no cotidiano da população, dando norte para a compreensão de seus direitos e a construção, por si, de solução para suas controvérsias sem demandar a intervenção judicial. Os pronunciamentos do Poder Judiciário, marcadamente de seus tribunais de vértice, são voltados aos jurisdicionados como forma de lhes conceder segurança para o regramento de suas condutas e para que possam pautar suas escolhas na vida em sociedade.

A influência da carga normativa da jurisprudência (Alvim, 2019, p. 80), é relevante lembrar, por vezes acaba por transbordar o espaço que, teoricamente, a ordem jurídica reserva à atuação do Poder Judiciário, o que faz destacar ainda mais o impacto

da atuação deste Poder na vida da sociedade, que sobrepuja e não se esgota na solução de conflitos individuais.

A propósito, é preciso trazer à memória que já há algum tempo o processo civil não é mais visto como instrumento a ser manuseado ao talante das partes e só para atendê-las. Ainda que se perceba movimentos legislativos que concedem maior autonomia às partes na tramitação do feito, forçoso lembrar que o princípio dispositivo, desde o século XIX, tem sido entendido de forma consentânea com o dever-poder estatal de estabelecer a verdade dos fatos e definir o sentido do Direito, moldando uma percepção publicística do processo, mesmo aqueles voltados à solução de conflitos individuais (Ragone, 2018, pp. 268-269).

A respeito desta concepção publicística do processo, pertinentes as ponderações de Owen Fiss (2004):

Entretanto, em meu entendimento, o objetivo da adjudicação deve ser entendido de maneira mais ampla. A adjudicação utiliza recursos públicos e não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas agentes públicos escolhidos por um processo do qual o público participa. Esses agentes, como os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem um poder que foi definido e conferido pelo direito público e não por ajuste privado. Seu trabalho não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade (p. 139).

O que se pretende demonstrar - a partir da missão institucional do Poder Judiciário de dar sentido ao Direito e da concepção publicística de processo - é que a jurisdição é poder para além da solução de conflitos individuais. A atuação típica do Poder Judiciário engloba a resolução de conflitos intersubjetivos (pacificação social) e a definição do Direito (pacificação da ordem jurídica). E, como é intuitivo, estes vieses de atuação não são estanques.

Se a atuação do Poder Judiciário envolve a pacificação social e a pacificação do Direito, o funcionamento de seus mecanismos (dentre os quais o processo assume posição central) deve ser pensado para atender a um e outro. O poder jurisdicional não alcançará a pacificação social se não contar com instrumentos para atingir tal finalidade; da mesma forma, não logrará atingir a pacificação do Direito se seus instrumentos não forem

forjados para tal desiderato, ou se só o forem para atender à solução de conflitos individuais.

Por estas razões, o processo e os institutos que o compõem devem ser encarados sob esta dupla perspectiva. A tradicional visão dos elementos de processo como meios para viabilizar a solução do conflito intersubjetivo deve ceder lugar a uma visão que prestigie também o outro viés de atuação do Poder Judiciário.

Ao que se verifica do atual cenário do sistema de justiça, porém, isto não tem ocorrido. Porque os institutos processuais e o processo são encarados apenas sob a perspectiva de pacificação social, em demandas tratadas individualmente, o sistema de justiça precisa conviver com a explosão de ações, insuficiência de recursos materiais e humanos e a edição de decisões judiciais contraditórias. O Poder Judiciário, então, não cumpre a contento nenhuma de suas missões, porque não dá conta de promover a pacificação social de maneira eficiente e tempestiva, tampouco de assegurar a pacificação do Direito sem constrangedoras contradições.

O processo é instrumento de garantia, intimamente ligado ao direito material tutelado, mas é, também, o meio pelo qual o Estado-juiz se manifesta a respeito do Direito. Estas duas faces do processo devem conviver em harmonia, e, para tanto, é preciso admitir que não há qualquer princípio de Direito que crie um conflito a ponto de exigir que, para o bom funcionamento do Estado, a condução do processo individual se dê de maneira divorciada de outros em trâmite (Cabral, 2018, p. 16).

Ao revés, a ordem jurídica é composta por princípios cuja aplicação e observância recomendam o tratamento processual em perspectiva global, ou seja, tendo por norte o conjunto de processos submetidos ao Poder Judiciário.

### *III. Proporcionalidade Panprocessual*

O Poder Judiciário é a instituição responsável pela depuração do Direito objetivo e afirmação do direito subjetivo, e se desincumbe destes misteres por meio da prestação jurisdicional que, em essência, traduz-se também como prestação de um serviço público. Como dito, o Poder Judiciário precisa ser visto a partir destas duas perspectivas, de forma concomitante: sob a perspectiva de sua missão institucional de depuração do Direito e sob a perspectiva de sua rotina como serviço público na solução de conflitos individuais.

A atividade jurisdicional como serviço público deve ser pensada e executada a partir da adequada relação entre meios e fins, em respeito aos princípios gerais da

Administração Pública (artigo 37 da Constituição Federal). Os recursos materiais e humanos do Poder Judiciário, sempre insuficientes diante do grande número de processos levados à sua apreciação, devem ser aplicados a partir de critérios de racionalidade e proporcionalidade.

A respeito da racionalidade e proporcionalidade na gestão da atividade jurisdicional, aponta Remo Caponi (2011):

os recursos que o serviço de justiça pode alocar para a satisfação dessa necessidade individual na disputa única devem ser equilibrados, não tanto com um interesse público abstrato no bom funcionamento da jurisdição como função estatal, mas com os recursos a serem reservados para a satisfação de outras necessidades igualmente individuais, das quais as partes (atuais ou potenciais: portanto, os cidadãos em geral) são portadoras em outros litígios dirigidos (ou a serem dirigidos) ao conhecimento do juiz.

Em outras palavras, uma vez que os recursos do serviço de justiça são - e provavelmente sempre serão - escassos em comparação com as necessidades, a eficácia da atuação judicial em um único litígio, ou seja, a adequação da resposta à necessidade individual no caso individual é uma variável dependente da necessidade de garantir a eficiência do sistema judicial como um todo, ou seja, a otimização da alocação de recursos em relação aos resultados satisfatórios que o serviço de justiça é chamado a atingir na gestão da massa de processos. (pp. 1-2)

Encarar a prestação jurisdicional a partir de sua natureza de serviço público permite abordagem prática a respeito de seu funcionamento sem descurar dos princípios constitucionais que a informam; e, neste contexto, sobressai o princípio da proporcionalidade, notadamente, na gestão do universo dos processos que tramitam no sistema de Justiça.

Com efeito, de há muito o princípio da proporcionalidade se presta como parâmetro para aferição da correção da atuação do Poder Público, sendo concebido mesmo como um princípio constitucional implícito. Ao lado dos imperativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tem-se reclamado do Estado a edição de atos que sejam adequados, necessários e proporcionais em relação aos seus efeitos positivos e negativos.

Do Estado-juiz também se espera agir atento aos ditames da proporcionalidade. A atuação judicial, costumeiramente, é vista como atividade de aplicação e vinculação aos

parâmetros da legislação material e processual; mas não se pode olvidar que, como atividade estatal, deve também trazer como padrão de atuação o agir de acordo com os princípios supra citados.

Aqui entra em evidência o que Sérgio Cruz Arenhart (2014) chama de “proporcionalidade panprocessual”, isto é, o postulado de aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na visão global dos processos sob a apreciação do Poder Judiciário, ou de determinado Juízo. A partir dele, o dispêndio de energia e a forma de distribuição da Justiça e depuração do Direito alcançam o nível de eficiência e juridicidade adequados quando permitem que o Poder Judiciário dê conta de resolver toda a gama de processos sob sua responsabilidade de forma ótima, já que todos iguais em importância e com o mesmo significado na definição do que é o Direito (missão institucional do Poder Judiciário).

A proporcionalidade panprocessual vai além da gestão de processos. Ela contribui para o adequado funcionamento do Poder Judiciário, dá sentido ao direito de ter um dia perante a Corte e confere traços realistas aos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição Federal. Ao tratar da proporcionalidade panprocessual, escreve Sérgio Cruz Arenhart (2014):

Sob esse ponto de vista, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito), que compõem o cânone da proporcionalidade (em sentido amplo) adquirem novos contornos. Com efeito, a investigação da razoabilidade do tratamento processual dado a uma causa singular passa a ser examinada não apenas em seu próprio contexto, mas em relação ao universo de demandas em trâmite perante o Poder Judiciário. A racionalização dos esforços jurisdicionais passa a tomar em consideração o complexo de usuários (atuais e potenciais) do serviço, e não apenas o caso específico, que está eventualmente nas mãos do juiz. A solução, em síntese, da colisão das garantias fundamentais, passa a operar-se em outro plano: o macroscópico, tangenciando a política judiciária (p. 45).

A proporcionalidade panprocessual convida a enxergar o funcionamento do sistema de justiça mirando a tramitação dos processos de fora para dentro, isto é: enxergar os pontos de intersecção que diversos processos têm entre si para permitir gestão eficaz de sua tramitação. A preocupação com o processamento eficaz de um feito ultrapassa capa e contracapa dos autos para lançar os olhos em outros feitos que podem (e devem),



por questão de eficiência e racionalidade, tramitar sob a mesma lógica e pelos mesmos trilhos, ainda que, numa primeira vista, não haja institutos previstos na legislação processual que tradicionalmente permitam esta aproximação.

Seja porque o escopo da atividade jurisdicional não se esgota na solução de conflitos individuais, seja porque a necessidade de racionalização do serviço público na solução de conflitos individuais recomenda gestão eficiente dos recursos públicos, a condução estanque de cada processo individualmente considerado não pode ser tida como necessária ou indispensável se assegurada sua correspondência com as garantias que defluem do devido processo legal.

Não há direito à tramitação isolada e exclusiva de processo que traz em seu bojo questões de fato e de direito que, a despeito de versarem sobre direitos individuais, se repetem em vários processos congêneres. O que existe é direito à tramitação de processo que observe direitos e garantias fundamentais processuais e que assegure justiça procedimental, sempre observados os parâmetros da legislação processual (Ragone, 2017, pp. 32-33). Como aponta Arenhart (2014), “se é certo que o direito pertence ao indivíduo e, por isso, cabe a ele a decisão sobre se deve ou não haver proteção a eventual lesão (...) o mesmo não se pode dizer em relação à via de proteção oferecida pelo Estado”.

A pertinência do tratamento individualizado e isolado de processos que, mesmo versando sobre direitos individuais, têm pontos de convergência com outros similares não sobrevive ao teste da proporcionalidade. Isso porque não se vê adequação ou necessidade no dispêndio de recursos materiais e humanos para a solução um a um de processos que, do ponto de vista da integridade e coerência da jurisprudência, demandam o mesmo tratamento procedimental e a mesma resposta do Direito.

Nessa toada, não dar azo ao tratamento conjunto de processos individuais com questões afins milita em sentido contrário àqueles deveres de eficiência, já que aumenta os custos de manutenção do serviço judiciário e é capaz de desequilibrar a relação dispêndio de energia x pacificação social x depuração do Direito<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Releva registrar que a solução do déficit de eficiência do procedimento a partir de sua gestão individualizada, pelas partes, por meio dos negócios jurídicos processuais do artigo 190 do CPC, não tem alcançado resultados relevantes e que sejam aferíveis com segurança. Como observa Gustavo Osna, nem todo processo é propenso à customização, e nem sempre esta é tão arrojada quanto se costuma supor. Além disso, o campo das convenções processuais ainda é marcado por incertezas, sobretudo considerando nossa cultura jurídica. OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). In Revista Eletrônica de Processo Civil da UERJ, Vol 21. Rio de Janeiro. pp. 163-185.

A bem da verdade, a falta de tato na gestão dos processos individuais ou, pior, a convicção de que o processamento isolado de cada um deles é impositivo, alimenta uma série de fatores que atentam contra o bom funcionamento do Poder Judiciário. A carência de racionalidade e proporcionalidade no serviço judiciário acarreta:

a) a adoção de decisões diferentes para casos iguais: por mais que se conceba um sistema processual baseado em precedentes (seja como os de *common law*, seja o concebido no CPC brasileiro) e que este sistema funcione adequadamente, o fato é que a pulverização de questões de fato e de direito idênticas (nem todas reiteradas a ponto de se admitir tratamento por recursos repetitivos) e a variada formação dos juízes tornam muito difícil evitar a ocorrência de decisões conflitantes. Esta situação, embora não se resolva pela só gestão coletiva dos processos sob a presidência de juízes com mesma competência, com certeza é agravada com a primazia do tratamento individualizado dos processos;

b) pronunciamentos sobre o Direito a partir de discursos sem reflexão adequada: os órgãos correicionais a que vinculados os juízes têm dado peso por vezes excessivo às estatísticas de julgamento, fazendo com que as atenções dos Tribunais se voltem ao cumprimento de metas numéricas e não propriamente à qualidade e racionalidade da prestação jurisdicional. Ou o juiz vence rapidamente sua carga de processos, ou é por ela vencido;

c) a proliferação de processos evitáveis, repetidos ou em si mesmos justificados e a apropriação do espaço judicial como forma de enriquecimento (lícito e ilícito). A lógica do tratamento individualizado de demandas com potencial de julgamento conjunto estimula a litigância predatória e o uso do processo com estratégias voltadas a dificultar o direito de defesa e o controle sobre a uniformidade da prestação jurisdicional.

A perspectiva panprocessual do tratamento de processos já não é novidade em outros sistemas. O processo civil inglês, desde a sua reforma no final da década de 90, tem se preocupado em garantir gestão proporcional e adequada do conjunto de processos levados ao Poder Judiciário (Andrews, 2012, p. 28). A este respeito, escreve Antonio do Passo Cabral (2018):

Recentemente, mecanismos de natureza jurisdicional (aplicáveis por um juiz em processos judiciais) estão começando a florescer e se desenvolver para permitir a gestão de muitos procedimentos ao mesmo tempo. Os exemplos incluem os procedimentos de solução padrão e os procedimentos para a resolução em bloco de várias reivindicações

sobre a mesma questão de fato ou de direito. Através do uso dessas técnicas, o gerenciamento de casos é direcionado a partir de uma visão “macro-processual”, no que poderia ser chamado de gerenciamento de múltiplos casos. A grande diferença é que essas técnicas promovem soluções em larga escala, ainda que em função da atividade jurisdicional e não administrativa (como a gestão de tribunais), com todas as diferenças de princípios e garantias entre essas duas esferas (tradução livre, p. 16)<sup>3</sup>.

O tratamento unitário de uma plêiade de processos que tratam da mesma questão de fato ou de direito tem como ponto de partida o reconhecimento do poder de gestão procedimental pelo juiz, conhecido no direito inglês como *case management power*. Não é possível que se cogite de uma administração racional da atividade jurisdicional sem que o juiz possa moldar o procedimento de modo a adaptá-lo às necessidades de um tratamento proporcional em relação à plêiade de processos sobre sua jurisdição.

#### *IV. Gestão de Processos*

##### 1. O Poder do Juiz de Adaptação do Procedimento.

Entende-se por poder judicial de adaptação do procedimento o dever-poder do juiz de adequar os caminhos do processo às peculiaridades do direito material objeto da demanda e às finalidades do processo, editando ou moldando a prática de atos que, embora previstos na lei como inerentes ao procedimento, são carentes de adaptação diante do que se discute na causa individualmente considerada.

O Código de Processo Civil brasileiro completou cinco anos de vigência e, com eles, surgiram problemas dentro e fora das ações judiciais que a rigidez do procedimento não foi capaz de resolver, de modo que o poder judicial de adaptação do procedimento surge como necessária válvula de escape a garantir o bom andamento do processo.

---

<sup>3</sup> “In recent times, adjudication mechanisms of jurisdictional nature (applicable by a judge within judicial proceedings) are beginning to flourish and develop to enable the management of many procedures at once. Examples include the standard-solution procedures and proceedings for the resolution en bloc of multiple claims on the same issue of fact or law, such as test claims, model proceedings, pilot-judgements, etc. Through the use of these techniques, case management is targeted from a macroprocedural view, in what could be called multiple-cases management. The biggest difference is that these techniques promote large-scale solutions, albeit as a function of adjudication that is jurisdictional and not administrative activities (like court management), with all the differences of principles and guarantees between these two spheres”.

Os problemas intraprocessuais aparecem quando o procedimento desenhado pela lei faz com que os atores processuais se detenham em debates desprovidos de racionalidade - esta entendida a partir da noção de processo construído a partir de fatos concretos confirmados por meios de provas idôneas – e na prática de atos desnecessários à afirmação de determinado direito material, com claro desperdício de recursos de tempo e dinheiro. Problemas extraprocessuais também surgem e dificultam a gestão dos processos. Para ficar em um exemplo próximo e evidente, basta lembrar do impacto que a pandemia do COVID-19 trouxe para as atividades do sistema de justiça que demandavam a presença física das partes.

Essa flagrante insuficiência do procedimento para demandas que ocupam a rotina do Poder Judiciário – seja de administração endo ou extraprocessual - traz à lume a circunstância de que, por muitas vezes, as regras não são capazes de reger de maneira satisfatória a realidade. A partir daí o poder de adaptação do procedimento acaba se erigindo como necessidade para a boa tutela do direito material, sem o que a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação tornam-se tábulas rasas. Como lembra Luiz Guilherme Marinoni (2008):

Já passou a época em que o direito era visto como uma ciência lógico-formal, que trabalhava apenas com derivações dedutivas, ao gosto do positivismo clássico e do jusnaturalismo racionalista. Sabe-se que o direito, atualmente, não pode se desligar da realidade. O direito deve se projetar sobre a realidade dos casos concretos e, por essa razão, não se admite – e nem mesmo se deseja – que uma norma possa ter sempre o mesmo sentido.

As normas operam sobre a realidade conforme o valor que lhe é atribuído pelos princípios. As normas processuais relativas ao direito de ação, especialmente em razão da sua natureza instrumental, não podem se desligar dos vários casos concretos, e assim devem ser lidas à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A norma processual civil, quando iluminada pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, obriga o juiz a lhe dar a inteligência capaz de permitir a efetiva tutela do direito material. (pp. 289-290)

Ao enxergar o poder de adaptação do procedimento na lógica e inteireza do sistema processual vigente, o juiz deixa de assistir passivamente o desenrolar do processo e de admitir que a sua atenção e a dos atores processuais sejam voltadas para a prática de

atos processuais ineficientes e irrelevantes. Assim, ao juiz, como agente político, devem ser reconhecidos o poder e a legitimidade de ditar os rumos do procedimento, dentro de determinadas balizas, tendo sempre por limites as garantias processuais fundamentais e por meta a sua concretização. Fernando da Fonseca Gajardoni (2008), valendo-se das lições de Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque, sustenta que:

O juiz, investido por critérios estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, ‘razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa’. É preciso, pois, conforme bem aponta José Roberto dos Santos Bedaque, ‘reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma’ (p. 102)

Admitir o poder (mesmo dever) do juiz de adaptar o procedimento às necessidades da causa e do sistema de justiça, em última análise, é reconhecer a importância do agir estatal razoável e proporcional, uma vez que, como há muito tempo já assentou Luigi Comoglio (1977, pp. 19-20), os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ao serem utilizadas para aferir a eficácia das intervenções do juiz no direito material, impedem qualquer desproporção entre a pertinência dos requisitos formais e seus reflexos sobre a validade dos atos ou sobre o exercício dos poderes processuais.

## 2. Case e Court management.

O poder judicial de adaptação do procedimento de há muito é admitido em sistemas processuais pelo mundo, sendo conhecido como *case management*. Sua relevância e adesão aos diversos sistemas processuais são de tal ordem que a gestão do procedimento é tida como um dos princípios processuais transnacionais.

Para os sistemas que expressamente admitem a gestão judicial do procedimento – *case management* – a percepção é de que, mais do que às partes, cabe às cortes o controle dos rumos do litígio. Esta constatação tem especial relevo quando se lembra que mesmo países com tradição jurídica fortemente marcada por um sistema adversarial passaram a admitir intervenção significativa do juiz nos rumos do procedimento e na colheita da

prova. É o caso de Inglaterra (Gerlis e Loughlin, 2012) e Estados Unidos (Schwarzer e Hirsch, 2017)

O poder de adaptação judicial do procedimento é previsto de diversas formas pelos sistemas processuais. Em Portugal, o Código de Processo Civil conta com cláusula geral, esculpida em seu artigo 6º, que conclama o juiz a adaptar o procedimento às necessidades da causa. Na Inglaterra, o gerenciamento do processo encontra amparo em rol exemplificativo estabelecido em lei (artigo 1.4 e artigo 3 das *civil procedure rules* – CPR). Já nos Estados Unidos, os *case management powers* decorrem de compilação de experiências práticas de gerenciamento feita pelas Cortes Federais e pela Suprema Corte, aproximando-se do *court management*.

No caso brasileiro, o Código de Processo Civil não conta com dispositivo expresso a respeito, devendo o poder de adaptação do procedimento ser identificado de uma leitura compatível com os princípios constitucionais e processuais vigentes.

O anteprojeto do Código de Processo Civil contava com previsão de cláusula aberta que permitia a adaptação judicial do procedimento. O dispositivo, porém, foi vetado durante os debates legislativos.

Os limites deste trabalho não permitem que o tema seja abordado com a profundidade que merece. É de se registrar, todavia, que o veto do Congresso Nacional representa algum desconhecimento do passado do processo civil, incompatibilidade com o presente e problema para o futuro.

Ainda que a regra expressa admitindo a adequação do procedimento por ato do juiz tenha lamentavelmente sido afastada do Código de Processo Civil no âmbito legislativo, o fato é que uma visão nítida do sistema processual e dos contornos do *due process of law* e seus corolários não só permite, mas impõe ao juiz conformar o procedimento, interpretando o sistema posto, às necessidades do direito material discutido em seu bojo, sob pena fomentar processo ineficiente, custoso e dissociado da busca pela participação racional das partes. Uma rápida passagem em revista por diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 indica que a lei processual acabou por assumir uma feição flexível, preocupada com atender às necessidades do direito material em litígio mais do que com fórmulas pré-concebidas de um procedimento único e rígido.

De seu turno, o *court management* diz respeito à organização institucional do Poder Judiciário para gerir da melhor maneira as demandas que lhe são submetidas. Trata-se do movimento feito pela administração judiciária para, tendo em vista os recursos materiais e humanos de que dispõe, conceber a competência de seus órgãos internos e seu

funcionamento com certa capacidade de flexibilização para garantir eficiência no tratamento dos processos (Ragone, 2018; Cabral, 2021).

Assim, enquanto o *case management* cuida das possibilidades de adaptação do procedimento em si, em perspectiva microprocessual, o *court management* toca na concepção de modelos de funcionamento do sistema de justiça para uma melhor abordagem dos processos, em visão macroprocessual.

### 3. Gestão Panprocessual.

A proposta de gestão panprocessual apresenta-se como solução intermediária, uma possível via entre *case management* e o *court management*. A partir da gestão panprocessual, o juiz pode promover técnicas de tratamento conjunto de processos sob sua jurisdição, ou sob jurisdição de juízos de mesma competência, que foram inicialmente apresentadas como demandas individuais, visando à promoção de todos os princípios e ideias de gestão administrativa abordados até aqui.

Se o tribunal busca caminhos para melhorar a estrutura de julgamento e aprimorar as técnicas alternativas de solução e os instrumentos da jurisdição, e se, de outro lado, é aceita pela doutrina e pela práxis a gestão do processo por iniciativa do juiz, a gestão para fora dos limites do processo individual acaba sendo decorrência necessária para os dois tipos de gestão conviverem e se potencializarem. Na lição de Antônio do Passo Cabral (2018):

A eficiência no gerenciamento de casos reúne considerações sistêmicas e uma perspectiva microprocessual voltada para a resolução ideal de cada caso. Se a eficácia da tutela judicial conduz à racionalização dos recursos materiais e humanos porque a sua aplicação foi otimizada, a gestão eficiente de cada caso contribui em escala para o aumento da eficácia do funcionamento do Judiciário como um todo. Portanto, há uma “economia interna” que se reflete na eficiência de todo o sistema.

[...] Por outro lado, esta intersecção entre o caso e o sistema em considerações de eficiência permite ao juiz fazer uso de argumentos que não são estritamente jurisdicionais (podendo recorrer aos relacionados com a gestão do tribunal) para decidir sobre as regras de competência. Assim, sobre a relação entre eficiência e competências, importa referir

que a eficiência do processo civil impõe que consideremos não só os aspectos jurisdicionais, mas também os de organização judiciária (tradução livre, p. 31)<sup>4</sup>

A gestão panprocessual apresenta-se como alternativa para enfrentar a realidade do sistema de justiça civil, marcada por ações idênticas – não raras vezes manejadas pelo mesmo grupo de profissionais advogados – direcionadas por vários autores, de forma individual, a um mesmo réu (normalmente pessoa jurídica de grande porte), e pelo ajuizamento, por um mesmo demandante, de ações pulverizadas contra o mesmo ou diferentes réus, mas com a mesma tese jurídica.

Os tribunais têm encontrado dificuldades para a gestão desta realidade. A cultura da litigância e a ideia equivocada de que o tratamento individualizado dos feitos é caminho no mais das vezes inevitável geram, como já se disse, altos custos, insegurança e descrédito do sistema de justiça pelas formas desconstruídas e contraditórias que este enfrenta o problema.

Para enfrentamento do problema, os tribunais têm criado centros de monitoramento das assim chamadas “demandas predatórias”, subsidiando seus juízes com informações a respeito do número dessas ações, nível de incidência, pessoas envolvidas etc. Embora relevante a criação destes centros de monitoramento, fato é que sua atuação acaba se dando com certo atraso, após a proliferação daquelas demandas, e quando já dispendida energia do sistema de justiça para seu processamento, quando não já prolatadas decisões em sentidos diversos. Além disso, os centros de monitoramento acabam por ter sua eficiência posta à prova se seu funcionamento não for acompanhado de mudanças de paradigmas na jurisprudência e de mecanismos que, efetivamente, resolvam o problema.

Importante considerar, por outro lado, que as adaptações do procedimento para uma gestão panprocessual podem não alcançar os resultados almejados.

---

<sup>4</sup> “Efficiency in case management brings together systemic considerations and a microprocedural perspective geared towards the optimal resolution of each case. If the efficiency of judicial relief leads to the rationalisation of material and human resources because its application was optimised, the efficient management of each case contributes in scale towards the increased effectiveness of the workings of the judiciary as a whole. Therefore, there is an “internal saving” that reflects on the efficiency of the entire system [...] On the other hand, this intersection between the case and the system in considerations of efficiency allows the judge to make use of arguments that are not strictly jurisdictional (being able to draw on those related to court management) in order to decide on the rules for case assignment. Hence, on the relationship between efficiency and competences, it should be noted that efficiency in civil procedure imposes that we consider not only jurisdictional aspects, but also those of court organisation”.



A este respeito, e apesar de construir seu raciocínio a partir da realidade estadunidense, a abordagem de David Rosenberg (2002) sobre as dificuldades com a gestão de *class actions*, *standard claims market* e *colateral estoppel* pode trazer algumas lições sobre a relação custo-benefício do tratamento individualizado e da coletivização das demandas.

Em síntese, David Rosenberg analisa os custos econômicos e de eficiência jurídica e social de mecanismos de gestão e coletivização, tais como a *class action*, o *collateral estoppel*, e da tramitação de ações individuais. Ao longo do texto, Rosenberg observa que, do ponto de vista de custos para todos os atores, inclusive o Judiciário, inicialmente há uma percepção de que aqueles instrumentos realmente diminuem os custos da “litigância duplicada”. Contudo, o autor lembra dos altos custos e da complexidade (que também se traduz em custo) do *court management* para as *class actions*, e o mesmo em relação aos custos jurídicos (e, ainda que indiretamente, econômicos) dos efeitos do *collateral estoppel*.

Ao sustentar algumas vantagens das ações pulverizadas, Rosenberg afirma que diante de um sem número de ações, as grandes corporações podem ser incentivadas a criar câmaras de conciliação e proporem sistemas de acordo. Além disso, a existência de várias ações pode servir de parâmetro para verificar em quanto tem sido a condenação, quais os ganhos e perdas etc, a fim de incentivar acordos em casos futuros. O autor aponta que a escolha pela litigação pulverizada pode servir (sobretudo ao réu) para verificar suas chances de êxito no longo prazo, tentando construir teses que lhes são favoráveis.

Não se pode desconsiderar as evidentes diferenças dos sistemas processuais e procedimentais dos Estados Unidos e do Brasil. Mas a menção ao trabalho de David Rosenberg serve para dar conta que a virada cultural reclamada pela gestão panprocessual do procedimento implica a análise e ponderação de alguns custos e complexidades delas decorrentes (exemplo: no caso da reunião de ações com questões de fato em comum, partes e juiz eventualmente teriam que se debruçar sobre a existência de aspectos individuais, ainda que mínimos, de cada parte, observando o quanto isso impactaria em questão de tempo, gestão e de aplicação do Direito em um processo concentrado e individualizado).

A despeito das dificuldades, a gestão panprocessual, juntamente com as técnicas de coletivização, ainda parece ser alternativa adequada para o aprimoramento do serviço de justiça, principalmente porque pode ser concebida de forma objetiva e abrangente, a partir de técnicas e institutos processuais vigentes.

Deveras, como sói acontecer no atual contexto da justiça civil, mesmo sem a previsão explícita de técnicas de gestão há diversas iniciativas neste sentido praticadas pelos juízes, dos mais variados tipos, o que, se de um lado pode dar espaço a boas práticas, por outro pode gerar insegurança jurídica, dar espaço a subjetivismos (e arbitrariedades) e fomentar falta de padronização de rotinas processuais (P. Silva, 2010). Por isso, a gestão panprocessual a partir de técnicas e institutos processuais vigentes, ainda que por meio de algumas adaptações, ganha relevo para sua consolidação como solução dotada de segurança e juridicidade.

#### *V. A Adaptação de Institutos Processuais Para a Gestão Panprocessual.*

A precisão na definição de conceitos é essencial para o desenvolvimento de qualquer ciência. A capacidade de precisar os institutos que integram o cabedal de informações de determinada área do conhecimento é fundamental para sua sistematização e permite sua adequada aplicação prática.

Ocorre que a definição de conceitos e a precisão de institutos são feitos por meio da linguagem que, como organismo vivo, manifesta-se com variações ou crescimento de significados: palavras adquirem novos significados ou perdem conotações antigas, ao tempo em que são forjados novos termos ou antigas expressões são cooptadas para expressar novos conceitos e distinções, sem que tudo isso prejudique a racionalidade.

Como esclarece Susan Haack (2009, p. 11), conceitos científicos e conceitos jurídicos crescem, ainda que por motivos distintos, e tal crescimento justifica a incorreção da abordagem sintática exclusivamente formalista dos significados. O crescimento do significado abre caminho para a adaptação da lei às contínuas mudanças da realidade e às alterações das necessidades.

Especificamente sobre os sistemas jurídicos, Susan Haack (2009) pontifica:

Um sistema jurídico não é, ao contrário do que é uma disciplina científica, primordialmente engajado na investigação de algum aspecto do mundo; sua tarefa central é encontrar maneiras de resolver conflitos que inevitavelmente surgem em comunidades humanas. Diferentemente dos conceitos científicos, os conceitos jurídicos não crescem como parte de um processo de adaptação da linguagem para corresponder a tipos reais de coisas ou matérias no mundo; trata-se de uma questão, na verdade, de categorias jurídicas modificando-se e adaptando-se na busca de resoluções sustentáveis para os conflitos

diante de circunstâncias sociais em permanente mutação [...] E, conforme o sistema jurídico adapta-se a circunstâncias em alteração, sensibilidades morais que se modificam e compreensões acerca do mundo e de nosso lugar dentro do mundo que também se modificam, conceitos jurídicos inicialmente estreitos e esquemáticos assumem novos significados e descartam conotações antigas; no direito, como na ciência, “homens e palavras educam-se reciprocamente” (tradução de Rachel Herdy, pp. 18-19)<sup>5</sup>

A concepção do processo estruturado com três atores – o juiz, o autor e o réu – e que alberga uma relação intersubjetiva ainda é a dominante e é a partir dela que as proposições legislativas, teorias acadêmicas e estratégias de gestão judiciária são pensadas. O que se deve levar em consideração é o potencial (negativo) desta identidade processual provocar a pulverização da jurisdição a respeito de temas jurídicos com alguma imbricação entre si, com todos os malefícios já mencionados linhas atrás.

As demandas do processo civil hoje não são as mesmas do tempo em que clássicos institutos processuais foram concebidos. Um breve lançar de olhos na rotina forense denuncia que grande parte dos conflitos individuais não dizem respeito a tão somente uma relação jurídica envolvendo partes bem definidas; ao contrário, a realidade do sistema de justiça mostra que, hodiernamente, a grande maioria dos conflitos são fruto da sociedade de massa ou, ao menos, guardam vários pontos em comum entre si, e muitos delas mudam apenas a identificação das partes (quando não apenas o polo ativo ou o polo passivo).

O Código de Processo Civil, é verdade, possui mecanismos voltados à solução de conflitos repetitivos, tal como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Ocorre que tal instrumento é voltado unicamente para questões de direito. Além disso, depende de “repetição reiterada”, sem que se tenha definição exata do que se entende por reiteração, tampouco do universo territorial de sua aferição. Não bastasse, o IRDR, como mecanismo de solução de conflitos de massa, ainda não foi bem aceito (ou compreendido) pela magistratura brasileira, conforme se vê de pesquisa promovida pela Associação dos

---

<sup>5</sup> “A legal system is not, as a scientific discipline is, primarily engaged in inquiry into some aspect of the world; its core business is finding ways to settle the disputes that inevitably arise in human communities. Rather than growing, like scientific concepts, as part of a process of adapting language to correspond to real kinds of thing and stuff in the world, legal categories shift and adapt in the search for livable resolutions of disputes in ever-changing social circumstances [...] And as the legal system adapts to changing circumstances, changing moral sensibilities, and changing understandings of the world and our place in it, initially thin, schematic legal concepts take on new meaning and shed older connotations; in law, as in science, “men and words reciprocally educate each other”.

Magistrados Brasileiros em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (Vianna et. al, 2019)<sup>6</sup>, e precisa conviver com algumas críticas a respeito de seus efeitos em relação a terceiros que por eles são atingidos sem possibilidade de participação efetiva na construção da tese que decorre da decisão (Marinoni, 2018, p. 20).

Para que o sistema processual se adapte à nova rotina do sistema de justiça civil, seus institutos e conceitos devem ser repensados. É preciso que se promova um afastamento do dogma da neutralidade da ciência processual (O. Silva, 2004, p. 300). O crescimento dos significados do processo é evidente, e se faz necessário para acompanhar as mudanças da rotina forense. Arrisca-se dizer que os institutos processuais e as ações em trâmite devem se educar reciprocamente.

A partir daí, a tarefa do juiz de promover a gestão panprocessual dos feitos sob sua jurisdição se traduz na identificação dos novos significados dos institutos processuais que o tornam capazes de atender à demanda da atualidade do processo civil. Tratando do assunto, propõem Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna (2014):

Em outras palavras, há um contexto que requer dos juristas um reajuste de suas ferramentas para alcançar o máximo de efetividade – percebendo que sacrifícios funcionais ou estruturais devem necessariamente ser feitos. Há um novo desafio, exigindo uma racionalidade capaz de recompor as ideias clássicas relacionadas ao processo civil, reconhecendo sua insuficiência e observando que sua interpretação pelos tribunais não

---

<sup>6</sup> A pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, concluída em 2018, entrevistou magistrados de todo o país a respeito de diversos assuntos da carreira e da realidade do Poder Judiciário. No que toca à fundamentação das decisões judiciais, buscou aferir o grau de concordância dos Magistrados sobre o impacto em suas decisões do sistema de súmulas e precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores. A questão 54 apresentou o seguinte enunciado: “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”, enquanto a questão 55 indagou se “O sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação”. Percebe-se um equilíbrio nas respostas dadas às duas questões. Na questão 54, entre todos os ramos da Justiça, 48,2% dos Magistrados de primeiro grau e 48,7% dos Magistrados de segundo grau discordam muito ou pouco a respeito da necessidade de liberdade de decidir sem se pautar pelo sistema de enunciados vinculantes, enquanto 51,8% dos Magistrados de primeiro grau e 51,3% dos Magistrados de segundo grau concordam muito ou pouco com a necessidade de garantir aquela liberdade. No que diz respeito à questão 55, 48,4% dos Magistrados de primeiro grau e 43,6% dos Magistrados de segundo grau discordam muito ou pouco da afirmação de que o sistema de enunciados vinculantes afeta a independência do Magistrado em sua atuação, diante de 51,5% dos Magistrados de primeiro grau e 56,5% dos Magistrados de segundo grau que concordam muito ou pouco. Chama atenção a circunstância de praticamente a metade dos Magistrados que responderam à pesquisa sustentar certa desconfiança do sistema de precedentes e afirmar a necessidade de uma liberdade de decidir sem observar os parâmetros fixados pelos Tribunais (sobretudo os superiores) como forma de garantia à independência do julgador, valor tão caro para os juízes e que, em essência, consubstancia-se em garantia do próprio jurisdicionado.

pode permanecer a mesma (e, além disso, não pode ser construída com ideias jurídicas ortodoxas). É aqui que chega a “proporcionalidade” como uma ferramenta que provavelmente pode contribuir para a eficácia do sistema de justiça, oferecendo uma dimensão “pan-processual” rara no sistema brasileiro (tradução livre, p. 11)<sup>7</sup>.

É possível enxergar em alguns institutos processuais novas formas de concepção, interpretação e aplicação, com vistas a viabilizar a gestão judicial panprocessual. Figuras como a conexão, a cooperação e o litisconsórcio, diretamente ligadas aos atos decisórios que determinam a tramitação conjunta ou separada de processos, possuem potencial para viabilizar a possível via entre o *court* e o *case management*, máxime se enxergadas em contexto sistêmico.

Não se trata de destruir ou reconstruir institutos que já estão há anos sedimentados pela melhor doutrina e que ajudam a formar o caráter do processo civil. Trata-se, apenas, de reajuste de ferramentas para delas extrair efetividade para a atual conjuntura do sistema de justiça civil; trata-se, como mencionado por Susan Haack (2009), de perceber que conceitos jurídicos podem ser estreitos no momento de sua concepção e, por isso, precisam assumir novos significados diante da realidade em que aplicados.

A conexão é fato pertinente à relação entre causas pendentes, que entre si guardam algum vínculo de semelhança. Segundo a doutrina, a conexão tem “como consequência processual a garantia de julgamentos uniformes e a economia processual” (Didier Jr, 2008, p. 134).

O entendimento amplamente majoritário da doutrina a respeito da conexão, é a de que apenas os aspectos mediatos do pedido e remoto da causa de pedir (ou seja, questões pertinentes aos fatos e ao bem da vida pleiteado) são capazes de gerar vínculo de conexão entre duas ou mais demandas. A similitude ou proximidade do pedido imediato e da causa de pedir próxima (ligados ao tipo de provimento e aos fundamentos jurídicos) de duas ou mais demandas geram o liame de afinidade, não se tratando de conexão e, por isso, não permitindo a reunião delas em *simultaneus processus*. (Alvim et. al, 2015, pp. 218-219).

---

<sup>7</sup> “In other words, there is a context that requires law scholars to readjust their tools for the discipline to reach its maximum effectiveness – realising that functionalistic or structural sacrifices must necessarily be made. There is a new challenge, requiring a rationality capable of recomposing the classical ideas related to civil procedure, recognising their insufficiency and observing that their interpretation by the courts cannot remain the same (and, moreover, cannot be built with orthodox juridical ideas). Here is where „proportionality” arrives as a tool that can probably contribute to effectiveness of adjudication, offering a „pan-procedural” dimension that is rare in the Brazilian system”.

Não obstante, os reclamos de uma gestão panprocessual e o atual contexto do sistema de justiça civil permitem pensar a conexão de um modo mais abrangente, tendo em conta, sobretudo, o que há pouco se disse ser a consequência processual do instituto. Como apontam Marinoni e Mitidiero (2016):

A conexão também serve para a concretização do princípio da economia processual e, portanto, de um eficiente *case management* dos recursos estatais na condução dos processos: sempre que for possível, sem violação de direitos fundamentais processuais de quaisquer das partes, reunir as causas propostas em separado, deverá o juiz fazê-lo a fim de aproveitar o mesmo processo para dar solução a tantas lides quanto possível. Com isso, haverá não só uma tendencial duração razoável do processo, mas também uma otimização dos recursos humanos voltados à solução dos processos como um todo, melhorando-se a alocação dos esforços estatais para a promoção de uma justiça mais eficiente – sem, ao mesmo tempo, que se perca de vista a necessidade de preservação de todos os direitos inerentes ao processo justo. (p. 439)

Com efeito, notadamente a partir da cláusula geral do artigo 55, §3º, do Código de Processo Civil - pelo qual se permite a reunião para julgamento conjunto de processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo que não haja conexão entre eles -, há de se permitir o reconhecimento da conexão para tratamento conjunto de diversos processos que tratam do mesmo tema de fato, ainda que, em análise tradicional e mais estreita, estes possam tramitar de forma separada. A decisão contraditória que se quer evitar, aqui, há de ser vista não apenas do ponto de vista endógeno (ou seja, apenas na intimidade de uma relação jurídica intersubjetiva, ou somente em relação a um bem da vida), mas também sob a perspectiva exógena, preocupando-se com a coerência e uniformidade dos pronunciamentos judiciais relativos a causas idênticas, ainda que pertinente a relações intersubjetivas diversas ou a bens da vida diversos (mas de mesma natureza).

No que atine às carências de gestão processual de ações que têm questões de direito em comum, aparentemente é possível conceber que a ressalva da parte final do §3º do artigo 55 (“mesmo sem conexão entre eles”) dá margem ao tratamento conjunto de feitos nas hipóteses em que haja afinidade entre eles. Deveras, afinidade não é conexão e o processamento pulverizado de feitos afins gera o risco de decisões contraditórias.

Assim, seria possível a reunião de ações que tramitam no mesmo juízo ou em juízos de mesma competência que versam sobre os mesmos fundamentos jurídicos e veiculam o mesmo tipo de pedido imediato, com notável ganho na administração de recursos materiais e humanos e de uniformidade na pacificação do Direito.

O litisconsórcio também é instituto baseado na necessidade de harmonização dos julgamentos para situações similares e na boa administração da justiça, de modo que pode ser usado para a adequação da administração dos processos em perspectiva panprocessual. A regra do artigo 113, III, do CPC, autoriza duas ou mais pessoas a litigarem em conjunto quando “ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito”, exatamente do que necessita o tratamento conjunto de processos que versam sobre similares situações de fato ou de direito (Marinoni et. al, 2015, p. 87).

O estímulo que a realidade da justiça civil deve dar ao crescimento do significado de litisconsórcio está não no instituto em si, mas na necessidade de reconhecer na figura do juiz poder de gestão para declarar sua ocorrência, mesmo sem iniciativa das partes, ao perceber uma pluralidade de ações que tenham afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Se ao juiz é reconhecido o dever-poder de limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença (artigo 113, §1º, CPC), a ele também deve ser dado o dever-poder de concentrar ações afins para viabilizar a rápida solução do litígio, a uniformidade do direito e a gestão adequada de recursos do sistema de justiça, sem prejuízo de qualquer garantia processual, exatamente porque, como se disse, são essas a função do instituto do litisconsórcio e a missão do juiz, que não tem na legislação processual nenhuma vedação a respeito.

A execução destas novas possibilidades de conexão e litisconsórcio é viabilizada, dentre outras formas, pelo instrumento de cooperação jurisdicional, como se vê do artigo 69 do CPC, regulamentado pela Resolução n. 350 do Conselho Nacional de Justiça. Ao mesmo tempo, em via de mão dupla, aquelas novas possibilidades ampliam o alcance da ferramenta de cooperação, notadamente, a reunião ou apensamento de processos (artigo 69, II, do CPC) e a centralização de processos repetitivos (artigo 69, §2º, VI, do CPC); afinal, a compreensão da conexão e do litisconsórcio a partir das atuais necessidades do sistema de justiça, como acima sustentado, permite enxergar pontos de intersecção maiores entre os processos de tal forma a justificar sua reunião ou tratamento uniforme.

A cooperação jurisdicional e a concertação de atos, sem dúvida, são terrenos férteis para a gestão panprocessual entre juízos de mesma competência, e as possibilidades do Código de Processo Civil precisam ser mais bem exploradas pelo Poder Judiciário. A adaptação de institutos processuais para a gestão panprocessual, por isso, é mais urgente para a administração de processos sob presidência do mesmo juízo, embora, como dito, amplie sobremaneira o espectro de atuação entre juízos distintos.

Por fim, há situações que não demandam nova interpretação ou ajustes hermenêuticos para que institutos processuais se adequem às necessidades do sistema de justiça civil. Basta, apenas, olhar mais atento para as possibilidades que se extraem da nova lei processual.

É o caso da coisa julgada em favor de terceiros. A lei processual revogada dispunha que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Já a lei processual vigente, por meio de seu artigo 506, estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, apenas não podendo prejudicar terceiros. Com isso, conforme Ricardo Alexandre da Silva (2019, p. 288), uma vez que o Código de Processo Civil faz referência exclusiva à proibição de prejuízo, pode-se compreender que ele permite que a coisa julgada beneficie terceiros, fato que, aliás, não é novidade nos Estados Unidos.

Ao tratar dos terceiros beneficiados pela eficácia da sentença transitada em julgado, José Rogério Cruz e Tucci (2016, p. 221) aponta que:

Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho. Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa lhe gerar interesse processual para agir contra a coisa julgada que o favorece. Em suma: não se configura aí a possibilidade de o terceiro pleitear em juízo o reconhecimento de direito algum.

O potencial desta alteração dos limites subjetivos da coisa julgada para a gestão panprocessual é evidente, e basta apenas sua utilização adequada pelos atores do processo, o que, na prática forense, ainda não se tem visto. Retrato disso está na



quantidade de demandas similares ajuizadas envolvendo questões de direito e de fato idênticas contra o mesmo réu que assoberbam a máquina judiciária mesmo depois do início da vigência do novo Código.

Deveras, a exata compreensão do alcance da coisa julgada permite que diversas ações baseadas nas mesmas premissas e nas mesmas questões de mérito, envolvendo réu anteriormente já sucumbente em ação semelhante, sejam obstadas ou rapidamente resolvidas, passando diretamente à fase de cumprimento de sentença. As possibilidades que emergem do artigo 506 do CPC podem contribuir, então, para uma adequada gestão dos processos (do ponto de vista da prestação eficiente e célere do serviço público de pacificação social) e da manutenção da estabilidade das decisões e da definição do Direito objetivo.

#### *VI. Conclusão*

A garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição e a campanha de ampliação e facilitação de acesso à justiça não passarão de promessas vazias se não forem garantidos meios para um adequado funcionamento do sistema processual. Sem que se pensem novas formas de tratamento dos processos, o sistema de justiça civil continuará incapaz de atender a contento as demandas que lhe são apresentadas. A crise do sistema de justiça civil continuará tendo a perenidade como marca.

Urge uma virada da cultura jurídica que permita perceber a necessidade de interpretar as regras e utilizar a organização judiciária da melhor forma possível. É preciso explorar de maneira adequada os recursos à disposição dos atores processuais, deles extraíndo o máximo de suas potencialidades. Para tanto, torna-se necessário enxergar os institutos processuais a partir da nova realidade do sistema de justiça civil - tomada por demandas com significativo grau de identidade entre si -, dispensando a todos da inglória tarefa de tentar fazer caber a nova realidade forense nos padrões de institutos processuais que não foram desenhados sob a sua perspectiva.

A adaptação judicial do procedimento e a gestão panprocessual das demandas submetidas ao Poder Judiciário apresentam-se como alternativas viáveis ao enfrentamento da grande massa de processos submetida à sua apreciação, pois são capazes de, dentro da juridicidade e da esperada correspondência da atuação dos juizes ao sistema jurídico vigente, prestigiar o crescimento dos significados de institutos

processuais e permitir com o que aquele Poder cumpra, sem contradições e com dose maior de eficiência, suas missões de pacificação social e de pacificação do Direito.

### *Bibliografia*

Alvim, T. A., Didier JR., F., Talamini, E., & Dantas, B. (2015). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Revista dos Tribunais.

Alvim, T. A. (2019) *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. Revista dos Tribunais.

Andrade, Melanie Merlin de (2021). *Positivismo jurídico inclusivo e moralidade institucional: uma reflexão sobre o contexto brasileiro*. [Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. Universidade Federal do Paraná, Brasil].

Andrews, N. (2012). Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos. In: KRAMER, X. E; Van Rhee, C.H. *Civil Litigation in a Globalising World* (pp. 19-38). TMC Asser Press.

Arenhart, S. C. (2014) *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. (2ª. Ed). Revista dos Tribunais.

Arenhart, S.C, Osna, G. (2014) Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, 4.

Arenhart, S.C., Osna, G. (2020) A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. *Revista de processo*, 45(310), 173-201.

Cabral, A do P (2018). New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management. *Peking University Law Journal*, 6(1), 5-54.

- Cabral, A. do P. (2021) *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Revista dos Tribunais.
- Caponi, R. (2011). Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 65(2).
- Comoglio, L. P. (1977). Direzione del processo e responsabilità del giudice. *Revista di Diritto Processuale*. 32, 14-56.
- Didier JR, F. (2008) *Curso de direito processual civil*. (9ª Ed., Vol. 1). JusPodivm.
- Fiss, O. (2004). Contra o acordo. In: Salles, C. A. (coord.). *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. (pp. 121-145). Revista dos Tribunais.
- Gajardoni, F. F. (2008). *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Atlas.
- Gerlis, S, Loughlin, P. (2012). *Civil Procedure*. (2ª. Ed). Routledge.
- Haack, S. (2009). The growth of meaning and the limits of formalism: pragmatist perspectives on science and law. *Analisis Filosófico*, 29, 5-29.
- Marinoni, L. G. (2008). *Teoria geral do processo*. (3ª. Ed). Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G, Mitidiero, D., Arenhart, S. C. (2015). *Curso de processo civil*. (Vol. 2). Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G., Mitidiero, D. (2016). Artigos 1º ao 69. In: MARINONI, L. G. (Dir.), Arenhart, S. C, Mitidiero, D. (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G. (2018). Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, 284, 115-136.

- Osna, G. (2020). “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Processo Civil da UERJ*, 21, 163-185.
- Ragone, A. P. (2017). El impacto entre lo sustantivo y lo procesal: el puente de la justicia procedimental. In: ARENHART, S. C., MITIDIERO, D. (coord.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. (pp. 21-38). Revista dos Tribunais.
- Ragone, A. P. (2018). La revalorización de la eficiencia en la justicia civil. In: *XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. (pp. 255-295). ICDP.
- Rosenberg, D. (2002). Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market. *Harvard Law Review*, 394, 1-31.
- Schwarzer, W. W., Hirsch, A. (2017). *The elements of case management*. (3ª. Ed). Federal Judicial Center.
- Silva, O. A. B. (2004). *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Forense.
- Silva, P. E. A. (2010). *Gerenciamento de Processos Judiciais*. Saraiva.
- Silva, R. A. (2019). *A nova dimensão da coisa julgada*. Revista dos Tribunais.
- Tucci, J. R. Cruz. Artigos 485 ao 538. (2016) In: Marinoni, L. G. (Dir.), Arenhart, S. C., Mitidiero, D. (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais.
- Vianna, L. W., Carvalho, M. A. R. & Burgos, M. B. *Quem somos. A magistratura que queremos*. Associação dos Magistrados Brasileiros. [https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa\\_Quem\\_Somos\\_AMB\\_\\_v-digital.pdf](https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf).

Waldron, J. (2011) The rule of law and the importance of procedure. In. FELMING, J. *Getting to the rule of law*. (pp. 3-31). New York U. Press, Nomos.

**ON THE CIVIL ENFORCEMENT ORGAN IN CHINA****SOBRE EL ÓRGANO DE EJECUCIÓN CIVIL EN CHINA**Cao Zhixun<sup>1</sup>

Peking University

**Abstract:** To overcome the difficulty in enforcement and establish the effective enforcement, the position of the enforcement organ should be taken seriously both in Chinese and comparative context. The People's court is the merely competent enforcement organ under Chinese law and there could be various possibilities regarding its internal organization. Although a more privatized enforcement mechanism is not planned in China, partially due to the endeavor to keep on providing better public services instead, practicing lawyers and other persons could still contribute to the solution of difficulty in enforcement. The relationship between different functions of adjudication and enforcement within the same court relates to a crucial issue in theory and in practice which allows further exploration in a variety of aspects. There could be conflicting interests of both sides of the parties and even among a group of enforcement creditors. As a result, the enforcement organ has to strike a balance among various enforcement interests respectively. The creditors, especially the diligent one, should be primarily protected, whereas the necessary interests of debtors deserve to be preserved as well.

**Keywords:** Enforcement Proceedings; Difficulty in Enforcement; Centralized Enforcement System; Relationship Between Adjudication and Enforcement; Balance of Enforcement Interests

**Resumen:** Para superar la dificultad en la aplicación y establecer una aplicación efectiva, la posición del órgano de aplicación debe tomarse en serio tanto en el contexto chino como en el comparativo. El tribunal popular es el órgano de ejecución meramente competente en virtud de la legislación china y podría haber varias posibilidades en cuanto a su organización interna. Aunque en China no está previsto un mecanismo de ejecución más privatizado, en parte debido al esfuerzo por seguir proporcionando mejores servicios públicos, los abogados en ejercicio y otras personas aún podrían contribuir a la solución de las dificultades de ejecución. La relación entre las diferentes

---

<sup>1</sup> pkuhector@pku.edu.cn. This contribution is originally published as: Zhixun CAO, On the Civil Enforcement Organ in China, *China Legal Science*, 2021(4), pp. 106-129. During the editing process, several tiny corrections and formal changes have been performed to be in accordance with the APA style. The author would like to thank Prof. Deguchi Masahisa for his inspiration together with guidance in his study on enforcement law of CPLJ project and Prof. Yulin FU for her long-lasting support and Yichen LIU, Sida WANG, Longde SUN and Xiaoqi SHI for their outstanding research assistance.

funciones de adjudicación y ejecución dentro de un mismo tribunal se relaciona con un tema crucial en la teoría y en la práctica que permite una mayor exploración en una variedad de aspectos. Podría haber intereses en conflicto de ambas partes de las partes e incluso entre un grupo de acreedores de ejecución. Como resultado, el órgano de ejecución tiene que encontrar un equilibrio entre los distintos intereses de ejecución, respectivamente. Los acreedores, especialmente el diligente, deben ser protegidos principalmente, mientras que los intereses necesarios de los deudores merecen ser preservados también.

Palabras claves: Procedimientos de ejecución; Dificultad en la ejecución; Sistema de ejecución centralizado; Relación entre adjudicación y ejecución; Equilibrio de intereses de ejecución

## *I. Introduction*

In recent years, the difficulty in enforcement and its solution attract greater and greater attention. Based on the *Decision of the Central Committee of the Communist Party of China (CCCPC) on Several Major Issues Concerning the Comprehensive Promotion of the Rule of Law of 2014* (hereinafter referred to as the CCCPC Rule of Law 2014) and the subsequent reforms comprehensively launched by the Supreme People's Court (SPC) until 2019, some preliminary solutions were successfully accomplished. Then, 'an effective long-term system that solves the difficult problems of enforcement' (SPC, 2019, p. 35) is planned to be established and a separate statute of civil enforcement law is supposed to be promulgated in one or two years. Indeed, the enforcement mechanism in China has achieved a lot. In 2019 and 2020, for instance, there are more than 10,000,000 enforcement cases each year, while the number of concluded cases approximates the same number (Zhou, 2019, 2020).

Behind the practical difficulty together with the achievement in the area of enforcement law, it first comes to the enforcement organ which is in charge of everything in enforcement proceedings. In the context of Chinese law, this entity has to decide whether to register an enforcement application, how to promote enforcement proceedings and when to terminate the case. Since in China the enforcement organ is equivalent to the People's court, we may wonder whether there are some alternative entities which may be able to substitute or at least assist the work of the competent court. And if the exclusive authority of People's court both in areas of adjudication and enforcement should still continue, we may need to figure out the connection and difference between these two functions of the judiciary. Moreover, during the operation of enforcement proceedings, the competent enforcement court has to try its best to protect the interests of both parties. It is of necessity to strike a balance between conflicting interests of both sides of the parties and even among a group of enforcement creditors to the same enforcement debtor.

The understanding of the enforcement organ is even more significant while taking the comparative observation into account. Certainly, despite the long-lasting difficulties until now, making our best endeavors to group or categorize existing legal systems globally is still desirable (Husa, 2004; Mattei, 1997). Then, there could be a further choice of developing or discarding on a national basis (Langbein, 1985, p. 823), even if we are not bridging differences between legal systems through more abstraction of the proposed comparative categories (Reitz, 1998, p. 636). Indeed, the enforcement system is significantly affected by historical, political, cultural and even path-dependent considerations. The characteristics of the Chinese enforcement mechanism could yet be respected more seriously if we have already placed it into the general framework of international academic discourse.<sup>2</sup> In some cases, we may be capable of finding the mutual understanding in spite of the slight divergence in detail. This article hopes to use the enforcement organ as the tool to analyze the Chinese enforcement legal system and as a window to gaze outward, which may make the comparative exploration possible. In the end, we have to endeavor to locate the approach to achieve the effective enforcement<sup>3</sup>. When the world changes rapidly and international disputes arise, this attitude must be insisted (Woo, 2018).

## *II. The enforcement court as the single enforcement organ*

### 1. Organization of the Enforcement Court

As one of its major characteristics, there is only one organization in China which has functional jurisdiction over the enforcement issues regarding civil and commercial matters. Comparatively, for the execution of criminal fixed-term imprisonment, the judicial administrative authorities at all levels are the responsible organs. The People's Court has only to enforce the operative part of a criminal judgment relating to property. According to article 1 of the *Several Provisions of the SPC on Enforcing the Property Portion of A Criminal Judgment of 2014*,<sup>4</sup> which regulates this related mechanism in detail, the court has authority to enforce the following matters: (i) fines or confiscation of property; (ii) the order to return the property or compensate the victim for the property; (iii) disposal of illicit money and property transferred along with the case; (iv)

---

2 The prudent establishment of ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure and the ambitious European model rules of civil procedure are among the in-depth endeavor to enable different models of rule of law to converge. See ELI/UNIDROIT, *ELI/UNIDROIT Model European Rules Of Civil Procedure* (OUP, 2021).

3 On the international background and the on-going development, see UNIDROIT (2021, Aug. 22). *Study LXXXVI B: Best Practices for Effective Enforcement*, <https://www.unidroit.org/work-in-progress/effective-enforcement-best-practices>. Additionally, the ongoing project of Compendium of Comparative Civil Justice, which is organized by the Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law and International Association of Procedural Law from 2019 to 2025, also covers enforcement proceedings in its 14th segment.

4 Since judicial interpretations, which are released by the SPC and adopt formal promulgation process, consist of effective rules in practice, this article will not go further to discuss whether they are sources of law in an abstract sense.



confiscation of the defendant's property transferred along with the case which has been used for committing the crime.

Generally speaking, the ordinary court system in China has four different levels: the Local People's Courts, the Intermediate People's Courts, the Higher People's Courts and the Supreme People's Court (Fu & Meng, 2016, pp. 99-100). There is a special enforcement bureau or division which is responsible for the enforcement affairs in each of the courts (Chen, 2021). It is to be observed that courts at different levels have these bureaus with different functions. At the level of local courts or intermediate courts, enforcement bureaus are in charge of the physical enforcement as well as making necessary orders and adjudication<sup>5</sup> during enforcement. Their tasks consist of some administrative power together with adjudication power (Kerameus, 2014, pp. 10-11, 10-12). For the ones in Higher People's Courts or even the enforcement bureau of the SPC, the competent organ will to a great extent merely take the responsibility of keeping a check on enforcement cases in their jurisdiction. It means that they review and evaluate administrative and judicial activities of their lower courts in the judicial hierarchy. In such case, when some enforcement parties disagree with Local People's Courts or Intermediate People's Courts on some enforcement issues, they can petition the SPC or the related Higher People's Court in each province for enforcement supervision.

If some courts choose to split their whole caseload into parts due to the functions to be fulfilled, several divisions or groups of enforcement could be constituted accordingly. For instance, it is possible that the first division or group for the taking of enforcement measures physically, the second one for the decisions and orders made during enforcement, and the third one for the review of these orders while the party to enforcement proceedings intends to challenge them. Some division could also only cover specific categories of enforcement cases such as the ones based on an authentic instrument, an arbitral award or interim measures.

The model of single competent enforcement organ is suitable to be summarized as a centralized model. Compared to this situation in China, there are models consisting of four (Brox & Walker, 2018, pp. 7-11; Baur, Stürner & Bruns, 2006, pp. 72-73) or two (Nakano & Shimomura, 2016, pp. 40-41) fragmented or diffused enforcement organs. Under the same term of 'bailiffs', three principal types of bailiff could exist for different issues (Kennett, 2003, p. 97). And it is the People's Court which as a whole has to both make a judgment and enforce the judgment. There is also neither internal division either between a senior judicial officer and a judge in Germany inside the enforcement court nor between an enforcement officer, the enforcement court and the court hearing the case.<sup>6</sup> And other than the German counterpart, different registration

---

<sup>5</sup> The relationship between adjudication and enforcement in China, *see infra* section IV.

<sup>6</sup> The legislative suggestion in favor of the enforcement officer outside the court system for the entire enforcement work in Germany, *see* Stamm, J. (2012). Reformbedarf in der Zwangsvollstreckung? – Die Schaffung eines zentralen Vollstreckungsorgans [Necessity of Reforming Civil Enforcement Law: The Establishment of a Centralized Enforcement Organ]. *JZ (Juristen Zeitung)* 67(2), 67-76.

authorities are not formally admitted as one of the enforcement organs. Yet, there is no doubt that they have to perform their duty to facilitate and cooperate with the enforcement court. It is well accepted that regarding them as enforcement organs would not be ‘of comparative interest’ (Kerameus, 2014, p. 10-10).

The arrangement in China simplifies some of organizational choices of Chinese enforcement law (Kennett, 2018, pp. 301-353; Stürner, 2016). For instance, there is no need to discuss whether a specific type of enforcement titles ought to be taken in charge by one or the other enforcement organ.<sup>7</sup> The creditors do not have to submit ‘individual applications for specific methods of enforcement’ as some traditional enforcement mechanism did, which demands ‘a reorganisation of court internal administration’(Kennett, 2018, p. 339). Accordingly, the accountability of courts regarding enforcement activities could be established without any further division between some organs of administrative nature and courts (Kerameus, 2014, p. 10-16). There is no genuine need to discuss the supervision of enforcement agents which is otherwise outside the control of the competent court (Kennett, 2018, pp. 104-105). And with this centralized enforcement system, the specialized enforcement officers could be entitled to access the information which may be excluded from routine discovery due to data or privacy protection.<sup>8</sup> In this context, the enforcement officer would not be challenged simply because of its connection with creditor clients, which would lead to the ignorance of the interests of the debtor or the public interests.

## 2. Possible Deviation and Innovation

On some occasions, other divisions rather than the ones for civil and commercial matters of the enforcement court could be designated to handle enforcement issues. The arrangement of divisions or groups is concerned with the internal allocation of cases inside the same court. As a result, it is not forbidden that a criminal division of the court is in charge of the review of enforcement order, if the president of this court has explicitly designated the criminal division to do so. The reason for it could normally be lacking personnel in the entire enforcement section and the relatively limited caseload in the criminal division. Moreover, it is nowadays widely acknowledged that the cultivation of professional enforcement personnel is necessary, especially for the adoption of enforcement measures. In the past, it was highly criticized that the enforcement officers were at least legally trained, less honored, reluctant to use coercive measures and could be threatened or even injured by debtors to be enforced, while their

---

7 The example of the third party debt in Germany, *see* Walker, W. (2019). Zur Übertragbarkeit der Forderungspfändung auf den Gerichtsvollzieher [On the Possibility of Transferring the Assignment of Seizure of Debts to the Enforcement Officer]. *DGVZ (Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung)* 134(5), 89-98.

8 *See* Hess, B. (2010). Different Enforcement Structures. In van Rhee, R. & Uzelac, A. (Eds.), *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (pp. 41-61). Intersentia. p. 52. This comparative observation was written by a German professor before the introduction of article 802c and 802l of the *German Code of Civil Procedure* which limited the application of themselves to three types of cases. It could be argued, therefore, that the centralised system like Chinese one may also have the advantage in having much more kinds of information gathered.

work was not intellectually challenging compared to other judges and always obstructed practically and politically (Peerenboom, 2001, pp. 249, 284-287, 294-301; Heye, 2004). However, after twenty years of social and judicial development, this statement is only partially true.

Under the framework of a single enforcement organ, there could still be some room for judicial administrative innovation. Among others, it is of advantages to having a couple of enforcement teams inside one court (Xie & Pi, 2019), which looks like subdivisions and remains relative independence. Enforcement officers could also be assembled following the direction given by a separate but intensive enforcement center (Xiao & Zhuang, 2019). This newly assembled team will be more capable of dealing with difficult cases such as the eviction of debtors from occupation of premises.<sup>9</sup> The SPC's 15th primary task in the area of enforcement in forthcoming years, stated in the *Opinions of the SPC on Deepening the Enforcement Reform and Improving the Long-term Mechanism for Solving Enforcement Difficulties: The Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023)* (hereinafter referred to as the Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023)),<sup>10</sup> regulates this issue as well. According to it, the enforcement team consisting of 'judge, assistant to the judge (enforcement officer), judicial police and clerk' shall be implemented. The inter-team and intra-team divisions of tasks and division of power shall be optimized. The key points of this model of teamwork could be featured as 'classifying personnel, gathering matters up, clarifying powers and responsibilities, and streamlining the cooperation'. To some extent, the enforcement organ is understood as an individual unit in the sense of judicial administration. To fulfill the enforcement work more flexibly, there is no major barrier which may hold back any prospective reform.

### III. Privatization of the enforcement organ as a supplement

#### 1. Private Efforts Available in Practice

A centralized model of enforcement mechanism does not necessarily mean the exclusive authority of the judicial branch in resolving enforcement affairs. Theoretically speaking, private sectors could supplement or even share some enforcement tasks (Baur, Stürner & Bruns, p. 31). However, the Chinese enforcement court is deemed to take the final responsibility for the discovery of enforceable property. Due to the lack of practical needs and opportunities to compete with each other, this kind of active and all-inclusive enforcement court leads to a less-developed market force. To be compared with abundant measures which are accessible to the public,

---

9 Unlike the somewhat cold-blooded eviction enforcement proceedings in U.S., which has been delicately described by *Matthew Desmond*, the constitutional human rights of the vulnerable groups is emphasized and their interests is relatively more cherished in China. To some extent, it is necessary for keeping the social stability and therefore well accepted in China. See Desmond, M. (2016). *Evicted: Poverty and Profit in the American City*. Crown Publishers.

10 Document No. 16 [2019] of the SPC.

center enforcement system is the limited competence of any private entity to dig out the missing assets of the debtor. There are somewhat American-style ‘private firms offering post-judgment collection services’ (Pajic, 2010, p. 245) in reality, whereas not all of them could do their jobs in a legal manner. Since these activities of debt collection could give rise to social disorder, these firms are under serious surveillance and go ordinarily underground. Moreover, not to mention the ordinary creditor or normal practicing lawyers, it was said that even those persons having sources and connections with the government branches might ‘run into dead-ends’ (Peerenboom, 2001, p. 292). Today, this description is still to a great extent credible.

Still, practicing lawyers could in this disadvantageous environment make use of their practical know-how and surge forward to stand for their clients and then earn money by hard working. It is not uncommon that attorneys will search for stocks held by the debtor which will be disclosed in the data platforms of relevant public authorities. The major example is the National Enterprise Credit Information Publicity System (<http://www.gsxt.gov.cn/index.html>), which is operated by the State Administration for Market Regulation directly. Companies in the private sector, such as Qichach (<https://www.qcc.com>) and Tianyancha (<https://www.tianyancha.com>), could also provide some more user-centric and specialized commercial services. These practicing lawyers or private companies will definitely keep track of the related bank accounts or the private ALIPAY/WeChat accounts which have been used in previous transactions which the debtor took part in. They will be after the property information in platforms like Shenzhen United Property and Share Rights Exchange (<http://www.eoechina.com.cn/cn2019/index.html>). Also, the final judgments in the website of China Judgments Online (<https://wenshu.court.gov.cn>) may be of great use, when these judgments reveal the possible further debtors to the concerned enforcement debtor or its possible belongings. Attorneys will have to work as a sort of private detectives. It could imply that the enforcement institution needs to have more support from the lawyers and in some sense, from a more privatized enforcement mechanism. But unlike the reform happened in Croatia, which tried to introduce public notaries and even private bailiffs as a new legal profession (Uzelac, 2010, pp. 88-93), the Chinese law and the related academic discussion have not gone too far.

## 2. Better Public Enforcement Organ

Yet, the present situation that practicing lawyers have to work hard and progressively does not mean that it is of necessity in the long run. Under the current plan held by the authority, the reform of enforcement proceedings will highly possibly run in the opposite direction and further intensify public enforcement measures. Accordingly, there is an online enforcement inquiry and control system, which is led by the judiciary and enables the court to discover the personal identity and property of the judgment debtor directly. The legal ground of this system locates in the first

sentence of section one of article 242 of the Civil Procedure Law<sup>11</sup>, article 485 of the *Interpretation of the SPC on the Application of the Civil Procedure Law of the PRC* of 2015<sup>12</sup> and article 12 of the *Provisions of the SPC on Issues concerning Property Investigation during Enforcement in Civil Procedures* (hereinafter referred to as the *Provisions Investigation 2017*)<sup>13</sup>. This public online system could be regarded as a suitable substitution for the current efforts of private lawyers. If it could fulfill its proposed functions of inquiring and then seizing, this public service would even be a more advanced tool than any private alternatives. Then, most of the currently dispersed property information would all be accessible to the competent enforcement court in each case. Because it is a public authority involved, the delivery of sensitive information is more reliable for other governmental branches providing the information. The creditor could save more money since it may be universal that the court fee is ordinarily lower than the attorney fee. If we take the practice of contingent fee agreement into account, the difference could be even more obvious. Meanwhile, for those lawyers who could make use of their sources inside public authorities, there is a considerable gray zone in the law and they may get caught crossing the line. If instead, the investigation is fulfilled by the court in a totally legal manner, these well-connected lawyers and their friends would go less frequently near the margin of law. It is good for all of them personally and most crucially, for the preservation of rule of law in practice.

With the assistance of information technology and developed computer programs, the execution work will be simplified and formalized dramatically. While having a standardized guidance for promoting enforcement proceedings, enforcement officers would be requested to follow these procedural steps strictly. It is also proposed by the *Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023)* in its primary task 27. Among others, more user-friendly functions such as batch selection, batch freezing and automatic search of objects, as well as artificial intelligence, shall be accordingly developed. The computer system should be easy to use and facilitate enforcement officers determining the direction and measures for search and control of the property. In such an optimal case, there would be no need for practicing lawyers to repeat investigational measures which have already been taken by some enforcement officers. In other words, if China continues the current public approach to finding out the enforceable assets *sua sponte* and this path dependence gives rise to no severe practical problem, the privatization of enforcement organ in sense of officially diverting some enforcement functions to private sectors is hardly an open question.

---

11 There are five versions of the *Civil Procedure Law* statute which are released subsequently in 1982, 1991, 2007, 2012 and 2017. Without further specification, the *Civil Procedure Law* is cited in its current version of 2017.

12 Judicial Interpretation No. 5 [2015] of the SPC. Although the judicial interpretation has been revised the end of 2020, due to the promulgation of the *Civil Code*, there is no substantial change made for the topic of this article.

13 Judicial Interpretation No. 8 [2017] of the SPC.

### 3. Private Assistance Is Still Needed

Before this comprehensive online enforcement inquiry and control system is accomplished, practicing lawyers would certainly not lose their job. Insisting on the public nature of the enforcement organ does not come into conflict with the possibility of designating private sectors to bear a hand. Practicing lawyers may be empowered to collect the necessary property information after their application for an investigation order has been approved by the responsible court. For instance, in order to spare the time of enforcement officers, they could send the creditor's attorney to a remote bank branch or a business workplace of the debtor to acquire the crucial information. Just as the Dutch *huissier de justice* could engage in extrajudicial debt collection activities, provide legal advice for clients as well as fulfill the official enforcement duties (van Rhee, 2010, p. 173), it is not hard to imagine that the Chinese lawyers could accomplish multiple kinds of activities.

The primary task 38 of the Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023) recognizes the need to try out the investigation by some practicing lawyers. Task 43 states that the proportion of lawyers participating in enforcement proceedings should be improved, while the information platforms facilitating lawyers' participation shall also be established to maximize the role of lawyers. Here, the lawyers are helping the court reduce its caseload. And to some extent, the Chinese court is good at finding helpers. The most significant example is shown in the area of disposing debtor's assets. In the past, the court relied on private auction firms to sell the seized items. Then, The SPC released the *Provisions of the SPC on Several Issues concerning Online Judicial Sale by People's Courts*<sup>14</sup> in March 2017 and adopted an online auction system nationwide. This judicial interpretation stated that it was the enforcement court that was in charge of the sale process, literally named as judicial sale. According to other rules of this judicial interpretation and the respective policy clarification, the auction firms are now merely assisting the court with their professional specialty.

Even if the public inquiry and control system is well established, the supplementary role of practicing lawyers should not be understated. Not to mention their prospective contribution concerning the usage of interim measures during and before the commencement of civil proceedings, there would always be some assets of the debtor which are not listed in any public or private data platform.<sup>15</sup> Falsely registered properties exist inevitably and concealed legal relationships beneath the public record are unable to be eliminated. Some public authorities may be reluctant to provide all the required information. Some enforcement officers forget or intentionally fail to do as requested by laws. On all these occasions, the practicing lawyers with their experience and knowledge should be the most appropriate wingmen for their clients.

---

14 Judicial Interpretation No. 18 [2016] of the SPC.

15 As a result, the access to non-public files is highly cherished by modern enforcement laws. See Hess, B. (2010). Different Enforcement Structures. In van Rhee, R. & Uzelac, A. (Eds.), *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (pp. 41-61). Intersentia. p. 51.

Only the ordinary mechanical tasks should be left to the enforcement court. Taking it more broadly, attorneys and the court are capable of cooperating and collaborating with each other among the same legal community.

Lastly, this trend is also admitted by the newest Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023) of the SPC. The SPC's 17th primary task plans to actively introduce specialists to participate in enforcement. Here, institutions and personnel from arbitration, notary, practicing lawyer, accountant, audit and other professionals are taken into account. There should be distinct approaches to the essential matters under the power of enforcement and their supporting matters with some administrative nature. As a result, some appropriate outsourcing of property search and control, support for online auction, payment of case-related money, service of documents, and other supporting matters in enforcement proceedings to specialists outside the judiciary shall be experimented. During the purchase of social services, procedural justice should be guaranteed. It means that the potential contribution of practicing lawyers, in spite of minor importance, is always acknowledged by the current reform plan.

#### *IV. The relationship between adjudication and enforcement*

##### 1. Development toward Separation of Both Institutions

Furthermore, besides the discussed privatization of enforcement organ, there is still some other possible choice when it comes to how to partly change the dominating role of the court in enforcement proceedings. Rather than the court, an independent administrative organ is also capable of being a centralized enforcement organ as the example in Sweden has shown (Kennett, 2018, pp. 303-308; Kennett, 2003, pp. 96-97). As a result, the issue of separating the enforcement work from Chinese courts could be subject to some further reform. Indeed, the People's Court is requested and empowered to accomplish a variety of tasks. Besides the function of settling disputes in the form of litigation or mediation, the same court has to fulfill the function of enforcement at the same time. Nevertheless, both functions differ from each other by nature. Without outsourcing of enforcement tasks to any organ other than the court, it is not hard to agree that 'a court-based system tends to emulate the way the core business of the courts (litigation) is being executed (Uzelac, 2010, p. 96). Therefore, we need to discover how to understand the relationship between adjudication and enforcement within individual courts and the judiciary as a whole. Especially, some understanding of this relationship may lead to more substantial consideration of the dispute in the enforcement case during enforcement proceedings and then distinguish it from the counterparts in other jurisdictions.<sup>16</sup>

As one of the long-lasting aims of Chinese civil justice reform, the separation of

---

16 The understanding of the principle of formality in Germany, *see* Baur, F., Stürner, R. & Bruns, A. (2006). *Zwangsvollstreckungsrecht* [Civil Enforcement Law]. C.F. Müller. pp. 3-4.

adjudication and enforcement is proposed and promoted in the area of enforcement law.<sup>17</sup> Although the first version of the *Organic Law of the People's Courts of China of 1954* stated that there were separate enforcement officers in courts and the second version of it in 1979 confirmed again, this legal rule was not taken in practice seriously. It was the adjudication judge who was responsible for the execution of the final judgment which it had made seconds ago. The judge had to think about the possibility of successful enforcement even while trying the case. This all-in-one model could jeopardize the impartiality of the trial judge and make it a directly interested person in the ongoing civil process.

In the 1990s, the Chinese court began to establish a separate section of enforcement within each of the courts. Section 3 of article 209 of the *Civil Procedure Law of 1991* shows that the local court and the intermediate court have the power to set up an enforcement organization, whose responsibility is to be regulated by the SPC directly. Gradually, apart from the enforcement of interim measures stipulated in article 3 of the *Provisions of the SPC on Several Issues concerning the Enforcement of People's Courts (for Trial Implementation)* of 1998 (hereinafter referred to as the Enforcement Provisions 1998)<sup>18</sup>, the judge making a judgment will not consider any enforcement affair anymore. The power of creating an enforcement organization is extended to courts at all levels due to the amendment of the *Civil Procedure Law* statute. In the *Civil Procedure Law of 2007*, section 3 of article 205 restates this rule, while now the position of it is section 3 of article 228 of the *Civil Procedure Law of 2007*. Moreover, the enforcement of interim measures on most occasions is distributed to the enforcement organ as well since 2016. Yet, article 2 of the then effective judicial interpretation, namely the *Provisions of the SPC on Several Issues concerning the Handling of Property Preservation Cases by the People's Courts* of 2016, reserves the possibility of adjudicative judges in exceptional cases to enforce the interim measures issued by themselves. At the end of 2020, along with other judicial interpretation in the area of enforcement, this new rule finds its position in the revised version of article 3 of the Enforcement Provisions 1998.

Recently, the proposed separation encounters ongoing reform and creative social experiments. According to the foundational CCCPC Rule of Law 2014, optimizing the allocation of judicial authorities in a broader sense was supposed to be emphasized. Therefore, public security authority, procuratorial organs, courts and judicial administrative organs had to perform their own function, whereas the criminal investigative power, prosecutorial power, adjudicative power and enforcement power had to coordinate and be mutually restricting with each other. Since the above-mentioned organizations and powers could correspond with each other, it was argued that courts had the adjudicative power and judicial administrative organs had the

---

17 Similar comparative remarks, see Hess, B. (2010). Different Enforcement Structures. In van Rhee, R. & Uzelac, A. (Eds.), *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (pp. 41-61). Intersentia. p. 46.

18 Judicial Interpretation No. 15 [1998] of the SPC.



enforcement power. However, the judicial branch and a majority of commentators disagreed with this approach of interpretation. Instead, CCCPC was only pursuing a general goal of separating adjudication and enforcement rather than any concrete plan for the separation. In other words, an independent administrative agency that is competent for the civil enforcement is not an option.

## 2. Further Aspects to Understand This Relationship

The specific approaches to the separation of adjudication and enforcement should be subject to the further development from different perspectives. For instance, it is to be discussed whether the proposed *Civil Enforcement Law* statute and the *Civil Procedure Law* statute themselves could be decisive in this respect. The grouping of judges between adjudication judges and enforcement judges or enforcement judges who are specifically for property investigation and the ones supervising their colleagues could also be an effective test for the separation. Considering that proceedings have their roots in their organization, the individual court could be tried to be restructured with the establishment of the enforcement bureau, othe internal division of the same court and even an enforcement organ outside the court (Xiao & Huang, 2014).<sup>19</sup> Alternatively, according to the primary task 13 of the Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023), the choice between special teams of judges and separate divisions could depend on the real situation in each court. Besides, after the CCCPC decision in 2014, some pilot system reform of separation of judicial power and enforcement power was planned and executed. The result of this pilot plan has not been made public. From the perspective of an outsider, it could be speculated that the result of this reform could not be very positive or of great significance. In such cases, the final results of the movement towards separation of adjudication and enforcement are still to be expected.

Moreover, the relationship between adjudication and enforcement could be of broader meaning. On one hand, it may refer to the cooperation and collaboration inside the court system. There is already a judicial document named *Opinions of the SPC on the Coordinated Operation of Case Docketing, Trial, and Enforcement by People's Courts* (hereinafter referred to as the *Opinions Coordinated Operation 2018*)<sup>20</sup>, which intends to promote the smooth connection and the efficient operation of different stages of a civil process and to safeguard the efficient realization of the parties' rights. For instance, article 463 of the Interpretation of the Civil Procedure Law and number 3 of section 1 of article 16 of Enforcement Provisions 2020 (updated Enforcement Provisions 1998 in 2020)<sup>21</sup> stress that the content of enforcement titles shall be definite

---

<sup>19</sup> Leading opinion which is open for the shift of enforcement function to some institutions outside the court system, see Zhang, Z. (2008). Zhi xing ti zhi gai ge de xiang xiang kong jian [Imaginary Space of the Reform for Execution System], *People's Judicature: Application*, 2008(21), p. 50. DOI:10.19684/j.cnki.1002-4603.2008.21.015.

<sup>20</sup> Document No. 9 [2018] of the SPC.

<sup>21</sup> The *Decision of the SPC to Amend Eighteen Judicial Interpretations in Area of Enforcement Including the Provisions of the SPC on Several Issues Concerning People's Courts' Impoundment of*

and specific. Section 1 of article 11 of the Opinions Coordinated Operation 2018 lists nine types of cases in which the particularity of the rights to be enforced could be of no question. This judicial document also regulates default rules in case that the specific item to be enforced has been damaged or lost and no compensation could be agreed between parties. At the same time, article 15 of Opinions Coordinated Operation 2018 provides solutions when the enforcement court finds that the content of enforcement titles is not clear enough. The need to have these rules is shown by the frequent discussion on them in practice. Especially when Chinese courts are still working hard to improve the quality of the judgment they made, this aspect of the relationship between adjudication and enforcement should be taken seriously. Respectively, the primary task 19 of the Outline of People's Courts' Enforcement Work (2019-2023) supplies its suggestion as well.

On the other hand, when it comes to different functions of adjudication and enforcement, there could be more disputes. From the perspective of comparative law, it is repeatedly emphasized enforcement proceedings should follow the principle of formality. It is true if there is a separate enforcement officer which sits outside the adjudicating court, because the respective enforcement officer, rather than a court, is not empowered to make any substantive decision. Yet, could we acknowledge some exceptions if the court itself is responsible for enforcing its judgment? And then, may an enforcement officer go beyond the formal standards, when it has sufficient grounds to believe that it has successfully detected the true nature of the case? Especially, a qualified judge could also act as an enforcement officer in China. It is well accepted that the enforcement division of the competent court has both functions of adjudication and enforcement.

Explicit illustrations could be found in case of adding enforcement debtor during enforcement proceedings. In accordance with the applicable *Provisions of the SPC on Several Issues Concerning the Modification and Addition of Parties in Civil Enforcement* of 2016 (hereinafter referred to as the Provisions Addition of Parties 2016)<sup>22</sup>, some third parties such as the shareholder of a one-man company could be added as the debtor in the enforcement case originally only against the company. Ordinarily, in order to enable a direct enforcement against the shareholder, the shareholder should have been claimed in the previous litigation at the first place. Instead, section 1 of article 32 of Provisions Addition of Parties 2016 requests the third party, which has been added as an enforcement debtor and refuses to be added, to file a third-party claim to prevent the execution of a judgment within 15 days from the date when a written ruling on adding the enforcement debtor is served. With the creation of this special institution, which in spite of the same name differs from article 771 of *German Code of Civil Procedure*, enforcement proceedings are admitted to have authority to

---

*Goods Transported by Railway*, Judicial Interpretation No. 21 [2020] of the SPC.

<sup>22</sup> Judicial Interpretation No. 21 [2016] of the SPC. In the scope of this contribution, the related articles of this judicial interpretation were not modified by the new Judicial Interpretation No. 21 [2020] of the SPC.

violate the principle of formality. Accordingly, the enforcement court could in fact expand, rather than just be subject to, the confirmed scope of liability in final judgments (Xiao, 2021, pp. 15-20).

### 3. Impact of Enforcement Conspiracy Damaging Outsiders

Generally speaking, the aforementioned concentration of enforcement authority in one and the same court does not necessarily mean that the separation of distinct powers could not be achieved. The key issue should be with which mechanism we could make it come true. This kind of questioning is recently intensified by the numerous occurrence of conspiracy in Chinese civil cases. It puts the position of enforcement proceedings in a more delicate situation and invites more substantial involvement from the side of the judiciary in the future.<sup>23</sup> The existence of conspiracy indicates the malevolent agreement between the judgment debtor and a bad-faith third party against the judgment creditor. It is a serious legal problem which could be attributed to a variety of social, economic and legal factors. The criminal prosecution of the false litigation is currently among the most crucial issues in practice.<sup>24</sup> For instance, both the debtor and the third party may agree on the existence of contractual rights or even some real rights (*jus in re*) of the third party. Or they may settle their false case with confirmation that the third party has right on the assets which actually belong to the debtor.

As a result, the enforcement officer could not find any valuable item on the premises of the debtor or under its name anymore. Alternatively, the third party will raise objections in enforcement proceedings commenced by the judgment creditor and claim falsely for its ownership or other property rights to prevent the enforcement of a specific item of the debtor. In order to protect the creditor from the damage of this kind of deceit, some enforcement officers in practice believe that the court should dig into the ownership of the disputed assets and identify the real scope of the debtor's belongings. In other words, the enforcement officer may not obey the principle of formality during its executorial practice. It may try to go into the substance of the case and exercise some adjudicative power, if any, outside any on-going adjudicative process.

---

23 The area of arbitration law encounters some similar problems in China. Although it is commonly agreed that in some optimal situation, the commercial arbitration practice in China should follow the direction of international standards. This tendency is supposed to exist not only in international or foreign-related cases, but also in the purely domestic cases. However, because there is obviously the same conspiracy issue, during the newest modification process of the *Arbitration Law* since 2020, which originally took effect in 1995, the voices to add some substantial intervention even after the final arbitral award is given are sound and clear.

24 The *Interpretation of the SPC and the Supreme People's Procuratorate on Several Issues concerning the Application of Law in the Handling of Criminal Cases regarding False Litigation*, Judicial Interpretation No. 17 [2018] of the SPC. There is also an additional judicial instrument on the criminal punishment of false litigation which is mutually signed by the SPC, the Supreme People's Procuratorate, the Ministry of Public Security and the Ministry of Justice on March 2021. Document No. 10 [2021] of the SPC.

*V. Protection of parties during enforcement*

## 1. Primary Protection of the Enforcement Creditor

Then when it comes to the major players in enforcement proceedings, the relationship between the enforcement court and each of the parties is to be observed. Since the enforcement title by its nature acknowledges the existence of some substantive rights of the enforcement creditor, efforts in executing a final judgment aim undoubtedly at the protection of the enforcement creditor. When it comes to the effectiveness of enforcement proceedings, effectiveness means the effective legal protection which conforms to the *Constitution* and is also in favor of the creditor (Baur, Stürner & Bruns, 2006, pp. 81-82).

In this sense, the enforcement organ, which may even be requested to be neutral by laws, could still to a great extent share mutual interests with the creditor in enforcement proceedings. Both the creditor and the enforcement organ are facing the difficulty in enforcement (Zhao, 2010, pp. 577-578). It is well known that following the CCCPC Rule of Law 2014, the SPC began its campaign for the resolution of difficulty in enforcement. We may wonder who is accountable for this difficulty. Although other entities such as local governmental agencies, private companies with the duty to assist the enforcement officer, some influential third parties and so forth may contribute to the hardship in enforcement proceedings, the debtor who fails to perform the debt in the first place is to be held liable. It does not depend on whether the debtor is insolvent or rather has sufficient property while refusing to pay. Regarding positions of the creditor and debtor against the court, if the court intends to blame the debtor, it could be presumed that the creditor will be in contrast favored. And even if the enforcement court's responsibility should be mitigated and the creditor has now to take some business or day-to-day risk, this advantageous position of the creditor will not be changed fundamentally.

Moreover, the enforcement organ in China, even in this case the court as a public organ, has to prove its own value in realizing the substantive rights determined in the enforcement title. If the legal enforcement proceedings are in most cases unsuccessful, the creditor may have to consider the possibility of employing illegal methods to collect its debt. Then the underworld, if any, would activate the law of the jungle. This could further jeopardize the authority of the judiciary and make the enforcement work even harder. Especially, the Chinese enforcement court is deemed to play an all-inclusive role to facilitate the creditor. As article 1 and 2 of the Provisions Investigation 2017 have clarified, the enforcement court takes the final responsibility for the discovery of enforceable property, while the creditor merely has the burden to provide clues. Even the court system itself would also like to take the rate of satisfaction in enforcement very seriously, which literally means the percentage of fulfilled debt in the entire to-be-enforced amount of debt. The pursuit of a higher rate of this kind is always one key element to evaluate the success of an enforcement court.

## 2. Necessary Protection of the Enforcement Debtor

On the other hand, although the function of enforcement proceedings concentrates on effectively protecting the creditor, there should be legal limitations on this process of execution on account of the protection of the to-be-enforced debtor. While granting the enforcement organ general permission to affect debtor's property rights, freedom and so forth, the *Constitution* should also mark the boundary between legal and non-legal activities (Baur, Stürner & Bruns, 2006, pp. 82-93). Since China has not made use of any privatized enforcement agent which has to act for its creditor clients by its nature, respecting the rights of debtors should not encounter some inherent difficulty (Kennett, 2003, pp. 100, 104).

First of all, the interests of the debtor are protected by procedural rules directly. For instance, when the debtor conceals its property and tries to frustrate enforcement proceedings, article 248 of the *Civil Procedure Law* empowers the enforcement court to issue a search order which is signed by the president of the court. The necessity of having a special order for initiating the search measure is of significant nature. The Chinese rule differs from the German counterpart stated in article 758a of the *German Code of Civil Procedure*, which also requests a search order normally and takes the consent of debtor, the possibility of jeopardizing the success of the search and so forth as available exceptions (Brox & Walker, 2018, pp. 188-194). In such cases, in order to protect the constitutional right of the enforcement debtor based on section 2 of article 13 of the *German Basic Law*, it is in Germany accepted that the court has to play a role in giving the search order. The court has to supervise the operation of the search. Other than the German enforcement officer appointed by but parallel to the German court, the enforcement officer in China directly belongs to the personnel of the court. Regarding the relationship between the enforcement officer and the court in China, the court is rather supervising itself when it determines whether to make a search order. Theoretically speaking, similar to the Japanese understanding following section 2 of article 123 of *Japanese Civil Enforcement Law*, it could be alternatively argued that an additional search order is unnecessary because it could be presumed that the power to search is an inherent one of the enforcement officer. Nevertheless, Chinese law tries to safeguard procedural justice in a more prudent manner. Besides the applied procedure regulated in article 498-500 of Interpretation of Civil Procedure Law, the president of the court has to approve the plan of search at the first place. The procedural arrangement could not prevent the misuse of enforcement power entirely, whereas at least the procedure itself counts. Taking the not unusually abused discretionary rights of the public authority in China into account, procedural steps aiming at controlling it are without dispute wanted.

Moreover, in considering whether and how to employ enforcement measures, the principle of proportionality plays a crucial role (Kerameus, 2014, p. 10-19). Accordingly, the enforcement court has to provide adequate protection to the debtor's family in the form of exemptions (Chase et al. 2017, p. 619). For instance, both the

second sentence of section 1 of article 243 and the same sentence of article 244 of the Civil Procedure Law emphasize that the enforcement court shall ensure that necessary living expenses for the debtor and his/her dependent family members are exempted from being executed, when the court withholds a portion of the debtor's income, seizes the debtor's assets and then sells them off. And in accordance with sections 1 and 2 of article 5 of the *Provisions of the SPC for the People's Courts to Seal up, Distrain and Freeze Properties in Civil Enforcement* (hereinafter referred to as the Provisions Seizure 2004)<sup>25</sup>, clothes, furniture, kitchenware, tableware and other necessities for family life, together with the living expenses necessary for the debtor and his/her dependent family members, are excluded from the enforceable assets of the debtor as well. Moreover, the same legal norm lists some special property of the debtor which may relate to the necessary protection of his/her interests as well as the interests of his/her family. Articles necessary for compulsory education, unpublicized inventions or unpublished works, auxiliary devices and medical articles necessary for the physical disability and articles of honor and commendation, are understood as unenforceable items. Although not formally enumerated, the religious items enjoy this kind of enforcement exemption too.

Respectively, the SPC announced the *Opinions on Further Intensifying the Ideal of Enforcement with Goodwill and Politeness in the Enforcement Work* (hereinafter referred to as the Opinions Enforcement Goodwill 2019)<sup>26</sup> at the end of 2019. With this document, the judiciary in China intends to concretely facilitate a more strict, standardized, impartial, and polite enforcement system and promote the sustainable, sound, and high-level operation of the enforcement work. Using the academic terminology, to be applied is the principle of proportionality,<sup>27</sup> which leads to the protection of the debtor to the maximum extent and the avoidance of excessive enforcement, while the prevailing party still should have its rights realized as determined. Although there is no explicit prohibition of the *contra bonos mores* hardship following the example of article 765a of the *German Code of Civil Procedure*, the spirit of this German rule is shown in this Chinese judicial policy.

This policy represents the fundamental requirement of sentence 3 of section 1 of article 242 of the *Civil Procedure Law* which limits the enforcement to the enforcement title. Firstly, excessive or inconsiderate seizure ought to be strictly prohibited. For instance, in case of a number of properties to be enforced, the enforcement court shall select the property which has less impact on the work and living of the debtor and is

---

25 Judicial Interpretation No. 15 [2004] of the SPC. In the scope of this contribution, the related articles of this judicial interpretation were not modified by the new Judicial Interpretation No. 21 [2020] of the SPC.

26 Document No. 35 [2019] of the SPC.

27 It is also argued that when it comes to the underlying political purposes as well as features of the Chinese enforcement mechanism, this new judicial policy differs from the principle of proportionality. See Chen H. (2021). Shan yi zhi xing bian [On the principle of civil enforcement in good faith], *ECUPL Journal*, 2021(2), pp. 30-40. DOI: CNKI: SUN: HDZX.0.2021-02-003.

easier to be enforced.<sup>28</sup> If appropriate, the debtor could suggest the order of enforcement among different properties, while without justifiable reason, the court shall accept the suggestion. And when the bank savings are to be frozen, the frozen amount shall be specified and the transfer and use of the savings beyond the amount shall not be affected. Where the overall value of an apartment to be seized obviously exceeds the amount of creditor's rights, seizure measures shall be limited only to the corresponding value portion. It means that the scope of the seizure taken by courts may be narrower than the range of the requested duty to report property in accordance with article 241 of the *Civil Procedure Law* and its similar counterparts Part 71 of the *Civil Procedure Rules of UK* or article 802a of the *German Code of Civil Procedure*. If the workshops, machinery equipment, and other production materials of an enterprise are seized and the continuous use of them has no significant impacts on the value of the property, the enforcement court shall approve such kind of use.

Looking at the big picture, this document shows some preferred working methods in practice and looks like a statement of enforcement policy rather than legal norms. However, taking a more pragmatic perspective, the content of this document represents a group of right answers which are endorsed by enforcement officers and will make a difference in the real world. Moreover, it may also contribute to reconsidering the role of the court in enforcement proceedings, since this document implies a restrictive tendency of using discretionary judicial power.

The most vigorous tool in the hand of an enforcement officer is the power to carry out some credit punishment via indirect enforcement measures. The credit of a natural person or legal person has great importance in modern society and a lower social reputation could affect the lives of most persons dramatically. Just because of the comprehensive nature and the severe consequences it may give rise to, the credit network and its major application, lists of dishonest enforcement debtors, could be misused. These lists are similar to the long-lasting tradition of having a public list of debtors in Germany. A related judicial interpretation, which was named as *Several Provisions of the SPC on Issuing the Information on the List of Dishonest Judgment Debtors*<sup>29</sup> and was released originally in 2013 and then amended in 2017, could not exhaust all possible applications of these lists. Is it of constitutionality to circulate the listed debtor's status of being dishonest to its relatives, neighbors or even the person who makes a phone call to the debtor? Should the court and the local bureau of education be allowed to prevent the children of the debtor from going to a private or even public school? If the close relative of the debtor is struggling with some severe illness, is it suitable to list the debtor nevertheless and forbid it to travel even for a visit to hospitals in other provinces? For the purpose of insisting on the principle of

---

28 Similar arrangement in comparative law, see Kennett, W. (2018). Different National Enforcement Structures And Their Consequences For Cross-Border Enforcement, In Rijavec, V., Kennett, W., Keresteš, T., & Ivanc, T. (Eds.), *Remedies Concerning Enforcement of Foreign Judgements: Brussels I Recast*. Wolters Kluwer. p. 339.

29 Judicial Interpretation No. 7 [2017] of the SPC.

proportionality, some public law scholars have paid close attention to the operation of this network and intended to draw the line for the practitioners including enforcement officers (Wang & Huang, 2021; Shen, 2019).

### 3. Exceptional Encouragement for Diligent Creditors

Some special consideration should be given to the situation of multiple creditors during enforcement. In such occasions, not just interests of one creditor and one debtor are to be balanced, but the distribution among different creditors should also be well arranged (Kennett, 2000, p. 93). Like the counterparts in continental legal systems, the Chinese enforcement law does in general adopt the principle of individual enforcement (Baur, Stürner & Bruns, 2006, p. 4). Therefore, the implementation of any enforcement measures is for the benefit of the specific creditor who has initiated enforcement proceedings. Here is the priority principle to be applied. Section 1 of article 88 of the Enforcement Provisions 1998 rules that when a couple of creditors apply for enforcing the assets of the same debtor and any right of them does not enjoy some substantive priority of repayment such as mortgage, pledge or lien, the order of paying off is determined by the sequence of taking enforcement measures. Nevertheless, an exception is acknowledged, when the debtor is an insolvent natural person who is generally until now impossible to be bankrupted under Chinese law.<sup>30</sup> Instead, its creditors have the opportunity to apply for a ‘fair distribution in judgment execution’<sup>31</sup>, where the principle of equality applies generally. In this sense, article 510 of the Interpretation of the Civil Procedure Law states that, after the liquidation of enforcement expenses and rights enjoying substantive priority of repayment, ordinary creditors will in principle be repaid in accordance with the proportion in the total debts which have been claimed in the fair distribution process. This rule is not something totally new, but originally appeared in article 94 of the Enforcement Provisions 1998.

To the contrary, the *Enterprise Bankruptcy Law* follows the principle of collective enforcement in section 2 of article 113. After settling the rules for the sequence of liquidation among different types of claims, it is said that the insolvent assets shall be distributed according to the proportion, when they fail to satisfy the requirements for liquidation in a same sequence. Respectively, a legal-person debtor is no longer suitable for the fair distribution process since 2015, when the Interpretation of the Civil Procedure Law explicitly directs them to turn outward to the bankruptcy proceedings

---

30 However, it is noted that some local legislation in China may walk ahead compared to the national statute. For instance, Shenzhen Special Economic Zone in Guangdong Province has promulgated in August 2020 its own version of personal bankruptcy regulation. This law, which takes effect in March 2021, confirms among others the possibility of fresh start for any ordinary citizen. The local authority establishes a new bureau for the administration of bankruptcy affairs at the same time. If we take the *U.S. Consumer Bankruptcy Reform Act of 2020* into consideration, which was introduced to amend *U.S. Bankruptcy Code* at the end of 2020, it is not hard to discover that the progress in both countries aims at the modernization of personal bankruptcy.

31 On the introduction to this fair distribution mechanism and reflective comments on impact of it to the practice in China before/after the judicial interpretation of 2015, see Zhang, Z. (2019). The Corporate Bankruptcy Substitute in China. *Colum. J. Asian L.*, 33, 172-218. DOI: 10.7916/cjal.v33i1.5455



from the enforcement procedure. Failure in initiating the bankruptcy proceedings implies that the principle of priority still applies, as enforcement proceedings continue. Hence, article 96 of the Enforcement Provisions 1998 is abolished, which refers to the application of fair distribution mechanism in case of an enterprise. As a result, the date of implementing enforcement measures, for instance taking impoundment, matters in each enforcement case. Article 516 of Interpretation of the Civil Procedure Law demands that the sequence of payment in this case should be as follows: enforcement expenses, rights enjoying substantive priority of repayment, the ordinary creditor's right which was taken control of by the enforcement court at first and the other common creditor's rights which come later.

Yet, the problem left is, despite the application of individual enforcement in case with some debtor of insolvent natural person, whether encouragement should be given to the creditor taking active steps to discover the assets to be enforced. The answer under Chinese law is a 'yes and no' or in German, 'jein'. In case of multiple competing creditors against one and the same debtor, the current law tends to enable one of creditors to obtain bonus during enforcement if it has substantially facilitated the discovery of debtor's assets. Article 510 of the Interpretation of the Civil Procedure Law chooses the principle of equality while literally using the term of 'in principle' in this norm. It is attributed to the respective severe dispute in practice on the question of whether the creditor seizing the debtor's assets at first ought to be encouraged and rewarded in this 'fair' distribution. If not, there could be less incentive for any creditor to actively take part in the process of searching for property. Rather, it is reasonable for them to stay at home and to be a free rider who takes the advantages of other creditors and in most cases, the advantages of the enforcement court. The reason would be very simple: it is not 'fair' for any diligent creditor (Chase et al. 2017, pp. 618-619). Conversely, this argument may not always be reasonable, since the Chinese approach differs from many jurisdictions regarding the responsibility of property discovery. If the court inquires the assets of the debtor and levies them *sua sponte*, it is hard to declare that the enforcement creditor, who has started enforcement proceedings in the first place, deserves to obtain a preferential position during the distribution stage of the whole proceedings (Kerameus, 2014, pp. 10-127, 10-138). The contribution to the successful discovery of assets refers merely to the commencement of enforcement proceedings on its motive. It seems not to be of great significance.

As a result, different pilot programs have been implemented in various places in recent years. Finally, while drawing up the Interpretation of the Civil Procedure Law, the SPC decided that it should leave some space for further endeavors which may appropriately reward the hardworking creditor. It is overwhelmingly accepted in practice that up to 20 percent of the total value of the debtor's seized item, which remains after the payment of enforcement expenses and rights enjoying substantive priority of repayment, should go to the pocket of the creditor who has contributed to the possession of the debtor's item at the first place.

*VI. Concluding remark*

Due to the active role in making the execution of final judgments and other enforcement titles possible, the enforcement organ stays in the center of enforcement proceedings. Especially, Chinese law has taken a special approach from the comparative perspective. The judiciary acts also as the single enforcement organ. Although only the public authority is competent to enforce, there are still private efforts in practice which may continue existing even after a more advanced public enforcement mechanism is finally established. Having functions of adjudication and enforcement at the same time, People's Courts endeavor to promote separation of both functions which enables proceduralists to consider it in different aspects and based on the practical problems in Chinese context. The enforcement organ's job is to protect the conflicting interests of both parties to different extents. When multiple creditors take part in enforcement proceedings and the distribution of enforced assets of the debtor, we have to explore available means to encourage the substantial participation of any ordinary creditor.

*Bibliography*

- Baur, F., Stürner, R. & Bruns, A. (2006). *Zwangsvollstreckungsrecht* [Civil Enforcement Law]. C.F. Müller.
- Brox, H. & Walker, W. (2018). *Zwangsvollstreckungsrecht* [Civil Enforcement Law]. C.H. Beck.
- Chase, O. G., Hershkoff, H., Silberman, L., Sorabji, J., Stürner, R., Taniguchi, Y., & Varano, V. (2017). *Civil Litigation in Comparative Context*. West Academic Publishing.
- Chen, H. (2021). The Unified System of Adjudication and Administration of Chinese Courts. In Chan, P. C. H. & van Rhee, C. H. (Eds.), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter* (pp. 53-65). Springer. [https://doi.org/10.1007/978-981-33-4512-6\\_4](https://doi.org/10.1007/978-981-33-4512-6_4)
- Desmond, M. (2016). *Evicted: Poverty and Profit in the American City*. Crown Publishers.
- Kennett, W. (2003). Enforcement: General Report, In Storme, M. (Ed.). *Procedural Laws in Europe: Towards Harmonisation* (pp. 81-111). Maklu.
- Fu, Y., & Meng, X. (2016). Civil Justice in China. *BRICS Law Journal*, 3(4), 94-124. DOI: 10.21684/2412-2343-2016-3-4-94-124.
- Heye, W. (2004). Forum Selection for International Dispute Resolution in China-Chinese Courts vs. CIETAC. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev*, 27, 535-554.
- Husa, J. (2004). Classification of Legal Families Today-Is it Time for Memorial Hymn? *Revue internationale de droit comparé*, 56(1), 11-38. DOI:10.12946/rg20/018-071.
- Kennett, W. (2018). Different National Enforcement Structures And Their Consequences For Cross-Border Enforcement, In Rijavec, V., Kennett, W., Keresteš, T., & Ivanc, T. (Eds.), *Remedies Concerning Enforcement of Foreign Judgements: Brussels I Recast* (pp. 301-353). Wolters Kluwer.
- Kerameus, K. D. (2014). Enforcement proceedings, In Cappelletti, M. (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVI: Civil Procedure* (pp. 10.1-10.146). Mohr Siebeck.
- Kennett, W. A. (2000). *Enforcement of Judgments in Europe*. Oxford University Press.
- Langbein, J. H. (1985). The German Advantage in Civil Procedure. *The University of Chicago Law Review*, 52(4), 823-866. <https://doi.org/10.2307/1599518>.
- Mattei, U. (1997). Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems. *The American Journal of Comparative Law*, 45(1), 5-44.

<https://doi.org/10.2307/840958>.

Nakano, T., & Shimomura, M. (2016). *Minji shikkou hou* [Civil Enforcement Law], Seirin Shoin.

Pajic, N. (2010). Avenues for Enforcement and Execution of Judgments in the United State. In van Rhee, R. & Uzelac, A. (Eds.), *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (pp. 237-250). Intersentia.

Peerenboom, R. (2001). Seek Truth from Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC. *The American Journal of Comparative Law*, 49(2), 249-328. <https://doi.org/10.2307/840813>.

Reitz, J. C. (1998). How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 46(4), 617-636. <https://doi.org/10.2307/840981>.

van Rhee, R. (2010). The History of the 'Huissier de Justice' in the Low Countries. In van Rhee, R. & Uzelac, A. (Eds.), *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (pp. 161-177). Intersentia.

Shen, K. (2019). She hui xin yong ti xi jian she de fa zhi zhi dao [The Rule of Law Approach to the Construction of Social Credit System], *China Legal Science*, 2019(5), 25-46. DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.05.002.

Stamm, J. (2012). Reformbedarf in der Zwangsvollstreckung? – Die Schaffung eines zentralen Vollstreckungsorgans [Necessity of Reforming Civil Enforcement Law: The Establishment of a Centralized Enforcement Organ]. *JZ (Juristen Zeitung)* 67(2), 67-76.

Stürner, R. (2016, April), *Preliminary Feasibility Study on Possible Additional Work on the Development of Principles of Transnational Civil Procedure Relating to Effective Enforcement*.

<https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-13add-02-e.pdf>.

Supreme People's Court. (2019). *Guidelines of The Supreme People's Court on Deepen the Judicial System Reform with Comprehensive Integrated Reforms of People's Courts: Framework of the Fifth Five-Year Judicial Reform for People's Courts (2019–2023)*, People's Court Press.

Uzelac, A. (2010). Privatization of Enforcement Services– A Step Forward for Countries in Transition. In van Rhee, R. & Uzelac, A. (Eds.), *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform* (pp. 83-101). Intersentia.

Wang, X. & Huang, Z. (2021). Lun shi xin yue shu zhi du de fa zhi yue shu [On the Legal Restriction on the Dishonesty Restriction System], *China Law Review*, 2021(1), 96-112. DOI: CNKI: SUN: FLPL.0.2021-01-014.

Woo, M. (2018). Comparative Law in a Time of Nativism. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 41, 1-30.

Xiao, J. & Zhuang, S. (2019). Lun min shi zhi xing shi shi quan de you hua pei zhi: yi wo guo de ji yue hua zhi xing gai ge wei zhong xin [On the optimal configuration of the power to Enforce Civil Executions: Centered on the Intensivism Reform of Enforcement in Our Country], *Journal of Law Application*, 2019(11), 3-18. DOI: CNKI: SUN: FLSY.0.2019-11-001.

Xiao, J. (2021). Qiang zhi zhi xing xing shi hua yuan ze de zhi du xiao ying [The Institutional Impact of Establishing the Principle of Formalization in Civil Enforcement], *ECUPL Journal*, 2021(2), 6-29. DOI: CNKI: SUN: HDZX.0.2021-02-002.

Xiao, J. & Huang, Z. (2015). Lun si fa zhi quan pei zhi zhong de fen li yu xie zuo yuan ze: yi shen pan quan he zhi xing quan xiang fen li wei zhong xin [On the principle of separation and collaboration in judicial power configuration: A perspective on the separation of jurisdiction and enforcement power], *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, 2015(06), 34-44+171-172. DOI: 10.15939/j.jujss.2015.06.004.

Xie, Y. & Pi, D. (2019). Ji ceng fa yuan zhi xing ji xiao kao ping chang xiao ji zhi de gou jian: yi M qu fa yuan wei yang ben [Establishment of the Long-Effect Mechanism of Enforcement Performance Evaluation of Local Courts: Based on Examples from Court of district M], *Journal of Law Application*, 2019(11), 50-60. DOI: CNKI: SUN: FLSY.0.2019-11-005.

Zhao, X. (2010). Lun xian dai she hui de min shi zhi xing wei ji [The Crisis in Enforcement of Civil Judgments in Modern Society], *Peking University Law Journal*, 2010(4), 576-586. DOI: CNKI: SUN: WFXZ.0.2010-04-006.

Zhou, Q. (2020, May 25). *Annual Working Report of the SPC*. Chinacourt. <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/05/id/5242621.shtml>.

Zhou, Q. (2021, March 8). *Annual Working Report of the SPC*. Chinacourt. <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2021/03/id/5852453.shtml>.

## EL CONTRATO COMO JUSTICIA CONMUTATIVA VOLUNTARIA. PARTE II

### THE CONTRACT AS VOLUNTARY COMMUTATIVE JUSTICE. PART II\*

James Gordley\*\*

Universidad de Tulane

Hao Jiang\*\*\*

Universidad Bocconi de Milán

Resumen. Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Los autores proponen una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En la Parte I del artículo los autores argumentan que esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. En la parte II y III muestran cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del common law que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Finalmente, en la parte IV, analizan los remedios por incumplimiento contractual.

Palabras clave: teoría del contrato – justicia conmutativa – tradición aristotélica

Abstract. At present, there is no generally accepted theory of why contracts are binding. We will propose one based on an idea that goes back to Aristotle: contract as voluntary commutative justice. In Part I, the authors of this article show why that explanation better accounts for the enforceability of contracts than modern explanations based on autonomy and efficiency. In Part II and III, they show how this theory can explain the principal common law doctrines that govern when and how a contract of exchange is enforced. Finally, in Part IV, the authors discuss remedies for breach of contract.

Keywords: Contract law theory – commutative justice – Aristotelian tradition

---

\* Traducción de Javier Habib (Universidad de San Pablo-Tucumán)

\*\* Profesor distinguido W.R. Irby de la Escuela de Derecho de Tulane; BA, MBA University of Chicago; JD Harvard Law School.

\*\*\* Profesor Asociado de Derecho Privado Comparado, Departamento de estudios jurídicos, Universidad Bocconi de Milán; LLB, Nanjing Audit University; JD, LLM, SJD, Tulane Law School.

Recibido 20 de octubre 2021

Aceptado 13 de diciembre 2021

## *II. La Justicia en los Contratos de Cambio*

Esta parte trata sobre la justicia del precio y sobre la justicia de los términos auxiliares. Luego pasa a tratar acerca de cómo estas preocupaciones sobre la justicia se reflejan o deberían reflejarse en las doctrinas [instituciones] del common law.

### A. La Justicia del Precio

Los economistas modernos explican a los contratos en términos de eficiencia, no justicia. No obstante, las herramientas de la economía moderna pueden ser usadas para hacer más precisa a la idea aristotélica del precio justo. Como hemos visto, los autores de la tradición aristotélica identificaron al precio justo con el precio de mercado. Pensaban que un intercambio al precio de mercado no haría a ningún contratante ni más pobre ni más rico, al tiempo en que celebraron el contrato. El riesgo de que el precio fuera a cambiar a partir del momento de la celebración, y que consecuentemente una de las partes fuera más rica o más pobre, era uno que las partes habían asumido, ya que los precios debían fluctuar para reflejar los factores que llamaron necesidad, escasez y costo.

Los economistas modernos explican más claramente por qué los precios deben fluctuar para reflejar lo que llaman oferta y demanda. Si los precios estuvieran congelados, la oferta de un bien o servicio ya no sería igual a la demanda. A un precio inferior al que fijaría el mercado, los bienes y servicios no llegarán a quienes estén dispuestos a pagar más por ellos. Irán a quien esté primero en una fila de posibles compradores o tenga amigos que puedan asegurarse de que los obtenga. A un precio más alto, los bienes y servicios no se venderán. Por lo tanto, una función de un mercado competitivo es racionar los precios de los bienes y servicios. Van a quien pague más por ellos. Otra función es la de canalizar recursos hacia la producción de los bienes cuyo precio está subiendo, y apartar recursos de la producción de bienes cuyo precio está bajando. Para realizar esas funciones, los precios de mercado deben cambiar. Los

economistas, entonces, han dado una explicación más clara de por qué cada contratante debe asumir el riesgo de perder por haber contratado, en lugar de haber esperado contratar.

Al asumir ese riesgo, cada parte está haciendo una apuesta de ganar o perder: una parte estará mejor habiendo contratado si el precio de mercado se mueve en una dirección, y peor si se mueve en otra. Esa apuesta, sin embargo, no es como las que hacen los jugadores en un casino. Estos están creando un riesgo de que una persona vaya a ganar o perder que solo existe por las reglas del juego que están jugando. No están asignando un riesgo, como el riesgo de que cambie el precio de mercado, que debe ser asumido por alguien. Como dicen los economistas, la mayoría de la gente es reacia al riesgo. Las personas con aversión al riesgo no suelen apostar. Pero si reparten entre ellas los riesgos contractuales que deben asumir.

Para los autores de la tradición aristotélica, un intercambio a precio de mercado es como una apuesta justa. No hace a las partes contratantes ni más ricas ni más pobres en el momento en que contratan porque, aunque el precio de mercado pueda llegar a caer luego del contrato, podría así también subir.<sup>89</sup> Los economistas modernos han dado una explicación más clara del porqué. Suponga que personas con un conocimiento superior del mercado pudieran saber si el precio de mercado actual es demasiado bajo, y que aumentará en el futuro. Si hubiera un número suficiente de tales personas, y esas personas tuvieran el dinero suficiente, el precio de mercado se corregirá constantemente a medida que compitan entre ellos. No puede permanecer por mucho tiempo por encima o por debajo del nivel en el que es tan probable que suba como que baje.

Eso, al menos, es lo que los economistas llaman la “hipótesis del mercado eficiente”.<sup>90</sup> Se puede hacer una analogía con los jugadores de un juego de dardos. El mejor jugador del mundo no podría superar el promedio de mil jugadores mediocres si a los mil se les diera una sola puntuación calculada tomando la distancia promedio desde la

---

<sup>89</sup> Ver supra p. 743, para. 1.

<sup>90</sup> Eugene F. Fama fue el primero en proponer la hipótesis. Ver Eugene F. Fama, *The Behavior of Stock-Market Prices*, 38 J. BUS. 34, 94 (1965); ver también, en general, Paul A. Samuelson, *Proof That Properly Anticipated Prices Fluctuate Randomly*, 6 INDUS. MGMT. REV. 41 (1965).



diana. Por ejemplo, un error de un jugador un pie hacia la izquierda y un error de otro jugador un pie hacia la derecha se cuentan como dos dianas. De manera similar, entre los compradores y vendedores que intentan predecir cómo cambiará el precio de mercado, algunos adivinarán alto, y otros adivinarán bajo, pero el promedio de sus predicciones debería estar en el correcto.

Vemos entonces por qué, cuando las partes contratan en mercados competitivos, sus contratos deben ser obligatorios. Al celebrar un contrato, las partes asignan el riesgo de que los precios vayan a cambiar en el futuro. En ese momento, ninguna de las partes se enriqueció a expensas de la otra, o, dicho de otra manera, cada parte fue compensada por el riesgo que asumió. Permitir que una de las partes reniegue de un riesgo por el que ha sido compensada al haberlo asumido sería injusto. Las herramientas de la economía moderna nos permiten ver más claramente por qué eso sería injusto.

De hecho, cuando reconocemos por qué el precio de mercado es normalmente justo, podemos ver por qué, en la gran mayoría de los casos, el Derecho ejecuta un contrato de intercambio sin ningún examen especial de si es justo. Es posible que ninguna de las partes haya pensado sobre la justicia del trato pero, aunque cada persona “busque sólo su propio beneficio”, para citar a Adam Smith, “lo hace ... dirigida por una mano invisible que promueve un fin que no era parte de su intención”, en este caso, contratar a un precio justo para la otra parte.<sup>91</sup>

Sin embargo, puede darse que una de las partes esté en mejores condiciones que la otra para predecir la dirección que el mercado pueda tomar y, todavía, será justo hacer cumplir el contrato. Una posibilidad es que una de las partes tenga información que otras que operan en el mercado no tienen. Aún según la hipótesis del mercado eficiente, esa parte estará en mejores condiciones de hacer la predicción. Hay dos razones por las este contrato celebrado a precio de mercado, en el que es más probable que una de las partes gane y no que pierda, deba ser considerado valido.

---

<sup>91</sup> Ver ADAM SMITH, THE WEALTH OF NATIONS lib. IV, cap. ii (1776).

Primero, si la parte contratante gastó tiempo o dinero en adquirir información, el contratante hizo una apuesta diferente: una apuesta a que valdría la pena el costo de hacerse de la información. Si esa apuesta vale la pena, es justo que se beneficie de ella. Tales esfuerzos permiten que el precio actual del mercado refleje con precisión las posibilidades de que cambie en el futuro. En consecuencia, esos esfuerzos deben ser recompensados.

En *Laidlaw v. Organ*, un contratante se enteró de la firma del Tratado de Ghent, que puso fin a la guerra de 1812, un domingo por la mañana bien temprano.<sup>92</sup> Poco después del amanecer, llamó al demandado, con quien había estado negociando, y compró 111 cabezales de tabaco. El demandado no conocía el tratado, y había preguntado al demandante si conocía alguna noticia que pudiera afectar el valor del tabaco, pero el demandante permaneció en silencio. La noticia hizo subir el precio del tabaco entre un 30% y un 50%. La Corte Suprema de los Estados Unidos se negó a otorgar un remedio.

Como el abogado del demandante argumentó, no hubo “no hubo elusión o maniobra por parte del comprador, a parte de levantarse temprano en la mañana, y obtener, por una diligencia y un estado de alerta mayor, aquella inteligencia por la cual se regula el precio de la materia parima”.<sup>93</sup> Tomás de Aquino, explicando la idea de Aristóteles de la justicia conmutativa, decía que un comerciante que ha descubierto que los bienes pueden comprarse a bajo precio en un lugar y venderse por más en otro, debería recibir la diferencia como un “pago por su trabajo”.<sup>94</sup>

Hay otra razón por la que es justo permitir que una persona con tal información se beneficie de ella. Independientemente de cómo la haya adquirido, él u otra persona se beneficiarían de tener esa información. Exigirle que lo revele a la persona con la que está negociando es simplemente transferirle el beneficio a esa persona, que recibe un precio más favorable que todos los demás, porque estaba comerciando con una persona que tenía esa información. No hay injusticia en permitir que la persona con información

---

<sup>92</sup> Ver 15 U.S. 178, 182–83 (1817).

<sup>93</sup> Id. p. 193.

<sup>94</sup> THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGIAE II-II, Q. 77 a. 4.

anticipada se quede con el beneficio. Según Santo Tomás de Aquino y los escolásticos tardíos, no es injusto que un comerciante llegue a una ciudad asolada por el hambre con un cargamento de grano para vender al precio de mercado vigente, aunque sepa que hay suficientes barcos en camino para aliviar la hambruna.<sup>95</sup>

Una segunda posibilidad es que la hipótesis del mercado eficiente no sea verdadera. Si no es verdadera, entonces algunas personas, que tienen la información generalmente disponible para otros comerciantes, poseen una habilidad que les permite predecir con mayor precisión si el precio de mercado subirá o bajará. Un intercambio a precio de mercado sigue siendo justo por las mismas dos razones. El contratante que se beneficia ha gastado tiempo y dinero en adquirir la habilidad él mismo, o comprado el consejo de alguien que la ha adquirido. Ha apostado a que el tiempo y el dinero que gastó en adquirir esa habilidad o consejo vale la pena. Si gana la apuesta, debería poder beneficiarse. Los esfuerzos de los comerciantes calificados harán que el precio de mercado actual refleje con mayor precisión los riesgos de que suba o baje en el futuro. Además, como antes, sería absurdo exigirle que compre o venda a un precio menos favorable que otros. El beneficio de la habilidad iría entonces a la persona con la que por caso comercie.

Otra posibilidad es que no exista un precio de mercado definido y fácilmente determinable debido a que el producto comercializado no es fungible sino único. Un ejemplo es el mercado de la vivienda. Una casa no puede ser mostrada a todos los posibles compradores a la vez, ni un comprador puede ver, de una vez, todas las casas que podría desear comprar. El riesgo que cada contratante asume no es simplemente que el mercado de la vivienda suba o baje después del contrato. El riesgo, para el vendedor, es que si hubiera esperado más tiempo podría haber obtenido un precio más alto y, para el comprador, que si hubiera buscado más tiempo podría haber encontrado una casa mejor por el mismo precio, o una casa tan buena por un precio más bajo. El contratante que no espera ni busca más, asume ese riesgo.

---

<sup>95</sup> Ver id. en art. 3; SOTO, supra nota 80, en lib. 6, q. 3, art. 2; LESSIUS, supra nota 41, en lib. 2, cap. 21, dub. 5. Ver también WIM DECOCK. LE MARCHÉ DU MÉRITE PENSER LE DROIT ET L'ÉCONOMIE AVEC LÉONARD LESSIUS 88–89 (2019) (hablando de Vitoria, Molina y Lessius).

Si ambos contratantes estuvieran igualmente informados sobre el riesgo de comprometerse en lugar de esperar, su contrato aún sería justo de la misma manera en que una apuesta justa lo es. Sin embargo, por las razones que acabamos de comentar, el contrato puede ser justo aún si los contratantes no están igualmente informados. Cuando una parte no busca más información acerca de las posibilidades de obtener una oferta mejor, la misma corre el riesgo adicional de que la información no valga el costo de buscarla. Si busca más información, está apostando a que vale la pena el costo. Si su apuesta vale la pena, nuevamente, es justo que se beneficie de ella. De hecho, es a través de este proceso que los precios de los bienes únicos se ajustan a la oferta y a la demanda.

Lessius decía que las dos circunstancias en las que un precio podría ser injusto son cuando el contrato se hizo por necesidad o por ignorancia.<sup>96</sup> De hecho, si una parte contrata a un precio menor al precio de mercado, la razón debe ser: que no puede utilizar el mercado, o que no sabe cuál es el precio de mercado.

En casos de necesidad, un contratante no recibe el precio de mercado porque es incapaz de usar el mercado. Un ejemplo es la hipótesis de Posner del rescate en el mar, en la que el rescatador cobró “un precio igual al 99 por ciento del valor del barco y su carga”.<sup>97</sup> Otro ejemplo es el caso de Eisenberg en el que un rescatista encontró a un viajero varado en el desierto sin comida ni agua y le cobró una fortuna para que lo llevara a la ciudad más cercana.<sup>98</sup>

En estos casos, si se permitiera que el rescatador obtenga el beneficio, no sería porque las partes se repartieron un riesgo entre ellas, y él ganó. No sería debido a que gastó más tiempo o dinero adquiriendo información que le permitiera obtener ganancias; información, por ejemplo, acerca de dónde podría encontrar una persona que necesite un

---

<sup>96</sup> Ver LESSIUS, supra nota 41, en lib. 2, cap. 21, dub. 4. Los teóricos que no reconocen que el precio de mercado sea justo no tienen un estándar para determinar cuándo una parte ha ido demasiado lejos al explotar las vulnerabilidades de la otra. A falta de ese estándar, Dagan y Dorfman argumentan que, en principio, las partes contratantes no están obligadas a tener en cuenta las vulnerabilidades de las demás. Ver DAGAN & DORFMAN, supra nota 59, p. 46.

<sup>97</sup> POSNER, supra nota 72, p. 118.

<sup>98</sup> Ver The Bargain Principle, supra nota 70, p. 755.

rescate. De hecho, el riesgo en cuestión no es uno, como el riesgo de que el precio de mercado cambie, que debe ser asumido por una u otra parte. El alto precio de un rescate, a diferencia del alto precio de mercado, no raciona bienes o servicios a quienes están dispuestos a pagar más por ellos, ni aumenta la oferta de rescatistas que buscan personas que necesitan ser rescatadas. De hecho, si cada barco, o cada viajero en el desierto, tuviera la misma probabilidad de hundirse o morir sin ayuda de otro, y pudieran negociar por adelantado, cada uno estaría de acuerdo en no aprovecharse de la necesidad del otro para obtener un precio alto. De otra manera estarían apostando por un evento fortuito, y las personas con aversión al riesgo no apuestan.

La otra razón por la cual una persona contrataría a un precio menos favorable que el precio de mercado es que la misma no conozca el precio de mercado al momento de contratar. En tales casos, los Tribunales de Equidad otorgaron alivio por vicio de la voluntad [unconscionability] incluso antes de que la doctrina fuera reconocida por el Uniform Commercial Code y el Second Restatement of Contracts. Un tribunal de Kentucky lo hizo en 1892 en *Wollums v. Horsley*. Un hombre de sesenta y cuatro años, discapacitado, que vivía en una granja de montaña aislada de 200 acres, y que no tenía contacto con el mundo, vendió los derechos mineros de su tierra a un sofisticado hombre de negocios que estaba comprando derechos mineros sobre miles de acres en la localidad. Los derechos mineros valían entonces más de treinta veces el precio a pagar.<sup>99</sup> Los vendedores en general conocían el precio de mercado, pero no el anciano.

En *Wollums*, el vendedor desconocía el precio de mercado de su tierra. Según la doctrina del vicio de la voluntad [unconscionability], los tribunales dan remedios legales a compradores que no conocían el precio de los bienes que compraron a un vendedor

---

<sup>99</sup> Ver *Wollums v. Horsley*, 20 S.W. 781, 781–82 (Ky. 1892). De manera similar, un Tribunal de Equidad se negó a hacer cumplir una permuta de tierra en Michigan valuada en \$ 15,000, sin estar sujeta a hipoteca, por una parcela de tierra en Florida valuada en \$ 25,000 y sujeta a una hipoteca de \$ 25,000. El propietario de la parcela de Michigan no había escuchado que el “Gran Boom (de Florida)” se había derrumbado y creía que la parcela de Florida valía \$ 40.000. Ver *Johnston Realty & Inv. Co. contra Grosvenor*, 217 N.W. 20, 21 (Michigan, 1928).

puerta-a-puerta, por varias veces el precio de mercado.<sup>100</sup>

En tales casos, el precio del contrato no fue una apuesta justa respecto a cuál será el precio de mercado. No son casos en los que un contratante era capaz de cobrar más por estar explotando su conocimiento o habilidad de predecir precios de mercado, cuya adquisición le costó tiempo o dinero. No son ventas de un producto único en el que cada parte sabía que podría recibir una oferta mejor si esperaba. La parte favorecida fue capaz de cobrar un precio alto porque conoció a alguien que no conocía el precio de mercado y, de hecho, en estos casos, buscó a esa persona. El precio que cobró no fue justo. No reflejaba ningún gasto de tiempo o dinero por el que la parte favorecida debería ser recompensada, ni un riesgo que la parte desfavorecida haya asumido y por el cuál fue compensada.

En todos estos casos, había una razón por la que la parte desfavorecida no recibió el precio de mercado. En casos de necesidad, no había otra parte con la que podía contratar. En casos de ignorancia, había alguna razón por la que no sabía el precio de mercado. En *Wollums*, el hombre era anciano, incapaz, solitario, y estaba viviendo en una finca de montaña aislada. En los casos de las ventas puerta-a-puerta, el vendedor hizo su acercamiento a la casa del comprador, lo que dificultó el cotejo de precios y, para algunas personas, decirle al vendedor que se fuera. Algunos estudiosos usan el termino “vicios de la voluntad procedural” [procedural unconscionability] para describir dificultades como estas. Piensan que tanto el vicio de la voluntad procedural como el vicio de la voluntad substantivo son necesarios para que los tribunales den remedios. Discutiremos esta tesis luego, cuando consideremos la doctrina del vicio de la voluntad [unconscionability].<sup>101</sup> Todo lo que necesitamos notar aquí es que el mal remediado es la injusticia substantiva: el no recibir el precio de mercado. Si el anciano en *Wollums* hubiera cobrado el precio de

---

<sup>100</sup> Ver *Jones v. Star Credit Corp.*, 298 N.Y.S.2d 264, 266–67 (Sup. Ct. 1969); *Frostifresh Corp. v. Reynoso*, 274 N.Y.S.2d 757, 759 (Sup. Ct. 1966), *rev'd on other grounds*, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Div. 1967); *Toker v. Westerman*, 274 A.2d 78, 81 (N.J. Dist. Ct. 1970); *Am. Home Improvement, Inc. v. Maclver*, 201 A.2d 886, 889 (N.H. 1964) (discutiendo un ejemplo de precios extravagantes por ventanas y paredes); UNIF. CONSUMER CREDIT CODE § 5.108 cmt. 4 (NAT'L CONF. OF COMM'RS ON UNIF. STATE L. 1974) (“[Una] venta a domicilio de un juego de utensilios de cocina. . . por \$ 375 en un área donde se puede conseguir fácilmente un juego de calidad comparable. . . por \$ 125 o menos”).

<sup>101</sup> Ver infra Subsección II.C.1.

mercado por su tierra, o los clientes pagado el verdadero precio justo en la venta puerta a puerta, no habría habido un daño que las cortes deban reparar.

## B. La Justicia de los Términos Auxiliares

Los términos de prestación de un contrato especifican lo que cada parte debe dar y recibir. En una compraventa, son la cosa y el precio. Algunos términos auxiliares distribuyen los riesgos y las cargas del intercambio especificado por los términos de prestación. Otros términos auxiliares especifican el procedimiento a través del cual los derechos de las partes deben ser determinados. Los economistas no hablan de justicia pero, de nuevo, sus explicaciones de los cambios nos ayudan a entender cuándo ambos tipos de términos auxiliares son justos.

### 1. Términos Auxiliares que Distribuyen Riesgos y Cargas

Según los autores de la tradición aristotélica, estos términos mantienen la igualdad. Si el vendedor no garantiza sus productos contra defectos, el comprador desprevenido pagará un precio razonable por un producto defectuoso. El vendedor puede renunciar a la garantía, pero solo si reduce el precio para reflejar el riesgo de que la mercancía sea defectuosa.<sup>102</sup> Un intercambio es injusto si impone un riesgo a un contratante por el que no es compensado.

De nuevo, las herramientas de la economía pueden dar mayor precisión a esta respuesta. Los economistas explican que, si bien los contratantes no desean apostar, sí desean asignar riesgos que deben recaer en una u otra parte. Los economistas describen a la mayoría de los contratantes como “adversos al riesgo”. Un contratante adverso al riesgo no apostará \$100 a que una moneda saldrá cara a menos que gane más de \$ 100 si sale cruz. Por lo tanto, una persona adversa al riesgo no celebrará un contrato como el de lanzamiento de moneda, que crea un riesgo que sin el contrato no existiría. Más bien, asignarán los riesgos que una u otra parte tiene que asumir, colocándolos en la parte que pueda asumirlos al menor costo, y ajustarán el precio del contrato para compensarla por

---

<sup>102</sup> Ver MOLINA, supra nota 40, en disp. 353.

hacerlo.<sup>103</sup>

Lo harán, según Posner, siempre que el vendedor no tenga un monopolio.<sup>104</sup> En realidad, no debería importar si el vendedor tiene un monopolio, siempre que ambas partes conozcan el costo de asumir un cierto riesgo. Suponga que el vendedor estaría dispuesto a asumir un riesgo de \$100, y que el comprador no estaría dispuesto a asumirlo por menos de \$500. Si el vendedor es un monopolista, podrá forzar al comprador a pagar más que el precio del producto en un mercado competitivo. Todavía, la responsabilidad del vendedor por el riesgo de los vicios ocultos es como cualquier otro accesorio que se pueda vender con el producto. Si el vendedor fuera el único productor de automóviles del mundo, cobraría un precio alto por ellos. Y todavía estaría dispuesto a colocar butacas de cuero si los compradores estuvieran dispuestos a pagar una cantidad adicional que supere el costo de colocarlas. De manera similar, el vendedor asumirá un cierto riesgo si los compradores están dispuestos a pagar una suma mayor al costo que le insuma hacerlo.

Por lo tanto, si los contratantes ven claramente el costo de un riesgo impuesto por un término de su contrato, los términos serán justos de la misma manera en que lo son en una apuesta justa. Un contratante podrá perder, pero habrá sido compensado por haber tomado el riesgo de que podía perder. Un contrato no es justo si impone un riesgo o carga en un contratante sin haberlo compensado.

Aún cuando el contrato haya impuesto un riesgo en una parte que no puede soportarlo de la manera mas barata, el contrato será económicamente justo, si esa parte fuera compensada por asumir el riesgo. En ese caso, no obstante, la otra parte asumirá el riesgo ella misma, en lugar de compensarlo. Si está claro que los términos del contrato imputan riesgos al contratante que no los puede soportar de la manera más barata, es poco probable que la otra parte lo compense por hacerlo.

Un ejemplo ilustrativo es el conocido caso *Weaver v. American Oil Co.*<sup>105</sup> Un

---

<sup>103</sup> Ver POSNER, supra nota 72, p. 116.

<sup>104</sup> Ver id.

<sup>105</sup> Ver 276 N.E.2d 144, 145, 147 (Ind. 1971).



hombre con poca educación alquiló una estación de servicios a una empresa petrolera. El contrato contenía una cláusula que eximía de responsabilidad a la compañía por cualquier daño causado por la negligencia de sus empleados. La cláusula estaba escondida entre muchas otras en un contrato de adhesión, y nadie le había señalado su importancia al locatario. El conductor de uno de los camiones de la compañía negligentemente prendió fuego a la estación y quemó al locatario. En aplicación de la doctrina del vicio de la voluntad [unconscionability], el tribunal se negó a hacer valer la cláusula.

Cuál sea el contratante en mejores condiciones de soportar el riesgo, según la teoría económica, depende de tres factores. En este caso, todos indican que la compañía petrolera podía soportar el riesgo con un costo menor. Un factor es quién pueda estimar la magnitud del riesgo. Un riesgo es menor para el contratante que lo puede estimar mejor debido a más o menos la misma razón por la que el riesgo de jugar al poker es menor para quien pueda echar un vistazo a las cartas de los otros jugadores. Otro factor es quién pueda controlar mejor el riesgo. Si el contratante que lo puede hacer es quien debe soportar el costo cuando el riesgo se materializa, entonces se elimina el otro riesgo de que omita llevar a cabo las precauciones que debería tomar para que el riesgo no se materialice. Un tercer factor es quien pueda distribuir mejor el riesgo en transacciones similares, ya sea comprando un seguro o auto-asegurándose. El riesgo de que una casa se incendie es menor para una compañía de seguros que para un dueño porque puede distribuir ese riesgo entre las muchas casas que asegura. El riesgo de una mala racha es menor para un casino que para un jugador cualquiera.<sup>106</sup>

En este caso, la compañía petrolera podía prever mejor la probabilidad de que uno de sus conductores fuera negligente, y podía controlar mejor ese riesgo evaluando a quién contrata. Podía distribuir mejor el riesgo de que sus choferes fueran a causar daño a un locatario entre sus varios locatarios. No obstante, el contrato puso el riesgo en la cabeza del locatario. Entonces es poco probable que la compañía petrolera haya compensado por completo al locatario por asumir el riesgo. Si la compañía petrolera podía soportar el

---

<sup>106</sup> Respecto al primero y al último de estos factores, ver Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 90-91 (1977). Respecto al segundo, ver GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 135 (1970).

riesgo por menos costos que el locatario, lo haría ella misma en lugar de compensar completamente al locatario. Si, por ejemplo, Amoco hubiera estado queriendo soportar el riesgo por \$100 y Weaver por \$500, Amoco no habría alocado el riesgo en Weaver y además bajado su renta por \$500.<sup>107</sup>

También es posible que, aunque el contrato haya impuesto un riesgo al contratante que más fácilmente podía soportarlo, el contrato sea injusto debido a que esa parte no haya sido compensada por hacerlo. Un ejemplo puede ser otro caso conocido, *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*<sup>108</sup> Una mujer que recibía asistencia social había hecho una serie de compras en una tienda. El contrato estipulaba que todos los pagos que ella hiciera se aplicarían proporcionalmente a todos los artículos que compró, de modo que ningún artículo se pagaría por completo hasta que todos estuvieran pagados. Cuando incumplió con un pago, la tienda buscó tomar posesión de todo lo que había comprado, aunque ya había pagado una cantidad mayor que el precio de sus compras anteriores.

Posner y Richard Epstein apuntaron que estos términos pueden haber sido establecidos en neto beneficio para los clientes de la tienda.<sup>109</sup> Debido a que la tienda podía recuperar todo lo que un cliente haya alguna vez comprado, la misma corría menos riesgo en vender a estos clientes nuevos artículos a crédito. Entonces podía cobrar precios más bajos, o tasas de interés más bajas. La dificultad con este argumento es que no hay evidencia de que la tienda haya hecho eso por la Sra. Williams. Si hubiera evidencia, la tienda seguro la habría introducido. Lo que se puede decir es que la señora pagó el mismo precio y se le cobró la misma tasa de interés que a un nuevo cliente con la misma calificación crediticia. Por lo tanto, aún cuando el contrato le impuso un riesgo que podía soportar más fácilmente, la tienda no la compensó por soportarlo. Una vez más, el contrato no fue justo de la misma manera en que una apuesta justa lo es.

---

<sup>107</sup> Ver Weaver, 276 N.E.2d p. 145.

<sup>108</sup> Ver 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965).

<sup>109</sup> Ver POSNER, supra nota 72, p. 117; Richard A. Epstein, Unconscionability: A Critical Reappraisal, 18 U. CHI. J.L. & ECON. 293, 306–08 (1975).

En *Weaver* y en *Williams*, los tribunales destacaron que las partes desfavorecidas eran incapaces de comprender los términos que consintieron. Como se mencionó anteriormente, según algunos académicos, esa incapacidad hizo que el acuerdo estuviera “viciado de manera procedural” [procedurally unconscionable], lo que, en la opinión de estos autores, es un prerrequisito para la acción de reparación. Discutiremos esta tesis más adelante.<sup>110</sup> Aquí, un vez más, todo lo que debe ser notado, es que no se habría otorgado remedio alguno, si el término en cuestión, no hubiera sido sustancialmente injusto, a pesar de la incapacidad de las partes para comprender los términos. Hemos visto por qué eso fue así.

## 2. Términos Auxiliares que Modifican Derechos Procedurales

Algunas veces los términos auxiliares de un contrato especifican el procedimiento por medio del cual los derechos de las partes deben determinarse. Por ejemplo, prevén arbitraje, o como suele suceder con los contratos de trabajo, prevén un procedimiento interno para determinar cuestiones que de otra manera deberían ser resueltas por un juez. Estos términos afectan las cargas de determinar los derechos de las partes, y los riesgos de hacer una determinación imprecisa.

La justicia de estos términos depende de las consideraciones que ya hemos descrito. Son justos si no incrementan las cargas o riesgos que asume una parte comparada con la otra. Un ejemplo podría ser un procedimiento que sea más barato para ambas partes, y que sea más preciso que un litigio. Los términos son también justos si el procedimiento que crean es más cargoso o riesgoso para una de las partes, pero esta parte en desventaja ha sido compensada por la carga.

El procedimiento puede resultar más oneroso para una de las partes, aunque aumente el costo de determinar sus derechos para ambas partes, en la misma cantidad. Una de las partes quizás tenga más dificultades para acceder a los recursos financieros

---

<sup>110</sup> Ver infra II.C.2.c. y II.C.3.a.

que son necesarios para soportar el aumento de costos. La otra parte puede entonces forzarla a aceptar un acuerdo injusto para evitar los costos.

El procedimiento puede ser más riesgoso para una de las partes, aún cuando disminuya su precisión de una manera imparcial, de modo que cualquiera de las partes tenga la misma probabilidad de vencer, a que si el caso fuera resuelto por los tribunales. Como se mencionó anteriormente, una parte puede asumir mejor un riesgo si lo enfrenta muchas veces en transacciones similares. Una parte que participa con frecuencia en disputas similares puede preferir un procedimiento menos costoso pero menos preciso porque sus victorias y derrotas se promediarán. El riesgo de inexactitud pesará más sobre una parte que pueda sufrir mucho si pierde y que nunca se verá envuelta en una disputa similar.

El procedimiento proporcionado por un término auxiliar siempre será injusto si es más caro y no aumenta precisión, o menos preciso pero sin disminución de costos. La única razón por la que una parte insertaría un término auxiliar en un contrato que previera tal procedimiento es que la carga del costo mayor o el riesgo de una precisión disminuida pesarán más levemente sobre él que por sobre la otra parte, debido a las razones que se acaban de describir. El propósito de tal término será inducir a la otra parte a acordar para evitar el aumento de costos o evitar el riesgo de perder. Compensar a la otra parte de manera justa por asumir esa carga y ese riesgo frustraría el propósito mismo de imponérselo. Se puede asumir con seguridad que no recibió una compensación justa.

Otra posibilidad es que el procedimiento no solo sea menos preciso sino que además esté sesgado, de modo que una parte tenga más probabilidades de ganar, y la otra de perder, a que si un tribunal determinara sus derechos. Aquí, nuevamente, uno puede asumir con seguridad que la parte desfavorecida no fue compensada justamente por exponerse al riesgo de un procedimiento sesgado en su contra. Hacerlo frustraría el propósito de insertar un término que prevea un procedimiento sesgado.

C. Reevaluando la Doctrina del Common Law

Esta sección ilustra cómo estas cuestiones sobre la justicia aparecen reflejadas en las doctrinas de la unconscionability [vicios de la voluntad así como lesión subjetiva/objetiva], consideration [causa] e impracticability [imposibilidad sobrevenida así como teoría de la imprevisión].

### 1. La Doctrina de la Unconscionability

En el siglo XVIII, los Tribunales de Equidad se negaban a hacer cumplir los contratos que consideraban “inconcebibles” [unconscionable].<sup>111</sup> El siglo XIX fue la era de las teorías de la voluntad. Se consideró que la voluntad de las partes era la fuente de todas sus obligaciones contractuales. Un reclamo por injusticia dejaría de lado a la voluntad expresa de las partes. Sería de esperar, entonces, que los tribunales dejaran de otorgar acciones contra los acuerdos “inconcebibles”. Sin embargo, como A.W.B. Simpson lo puso de relieve, los tribunales continuaron dando acciones, pero la razón fundamental cambió. Los tribunales alegaban que se negaban a hacer cumplir un contrato “inconcebible”, no porque los términos fueran injustos, sino “porque la dureza de los términos era evidencia de fraude, no una base independiente de reparación...”<sup>112</sup>

Algunos autores contemporáneos, por el contrario, afirman que estos tribunales hacían lo que decían. Argumentan que los contratos “vagamente condenados como inconcebibles exhibían casi invariablemente alguna especie de fraude, error, incapacidad o falta de causa”.<sup>113</sup> Sin embargo, como el autor principal de este artículo lo ha demostrado en otra obra, si uno lee los casos del siglo XIX y principios del XX, es difícil encontrar alguno en el que la parte que obtuvo la reparación alegara que la otra parte le había mentado.<sup>114</sup> Las cortes otorgaban remedios porque los términos eran injustos mientras negaban que lo estaban haciendo.

---

<sup>111</sup> Ver PHILOSOPHICAL ORIGINS, *supra* nota 22, p. 147–51.

<sup>112</sup> Simpson, *supra* nota 6, p.269.

<sup>113</sup> HOWARD J. ALPERIN & ROLAND F. CHASE, CONSUMER LAW: SALES PRACTICES AND CREDIT REGULATION 245 (1986); Note, Unconscionable Contracts: The Uniform Commercial Code, 45 IOWA L. REV. 843, 846 (1960).

<sup>114</sup> Ver Equality in Exchange, *supra* nota 24, p. 1650–55.

En 1952, el §2-302 del Uniform Commercial Code permitió la defensa por unconscionability tanto en Tribunales de Derecho como en Tribunales de Equidad.<sup>115</sup> En 1981, se adoptó una disposición equivalente en el §208 del Second Restatement of Contracts.<sup>116</sup> Aunque la mayoría de los académicos han aceptado la doctrina de la unconscionability, estos no han dejado atrás a las teorías de la voluntad. Más bien las han modernizado.

Algunos autores han seguido el mismo camino que los Tribunales de Equidad del siglo XIX. Sugieren que la doctrina de la unconscionability no permite a los tribunales decidir cuándo un contrato es sustancialmente injusto o, al menos, que no debería permitirlo. La cuestión no radica en la injusticia de los términos, sino en el proceso mediante el cual se formó un contrato. Según Epstein, la doctrina de la unconscionability “debería utilizarse únicamente. . . para vigilar el proceso mediante el cual se forman los contratos”.<sup>117</sup>

En un sentido similar, Stephen Smith observó, acertadamente, que cuando se otorgan remedios, suele estar presente lo que él llama “asimetría cognitiva” entre las partes. Una de las partes tenía “poca educación, poca inteligencia, falta de conocimiento [o] falta de independencia”. O, “el contrato era difícil de entender, estaba en letra pequeña o trataba acerca de probabilidades que eran difícil de estimar”.<sup>118</sup> Smith concluye, incorrectamente, que no se otorga reparación por una injusticia sustancial. Es cierto que es más probable que los contratos sean sustancialmente injustos cuando hay asimetría cognitiva. Según Smith, sin embargo, los casos de “asimetría cognitiva. . . son casos. . . en los que los tribunales tienen buenas razones para preocuparse por el fraude, la intimidación, la violencia o una simple falta de acuerdo, pero que en ellos carecen de evidencia directa del defecto”.<sup>119</sup> El fraude, la violencia y la intimidación son razones independientes para invalidar un contrato. Pero no son casos de mera “asimetría cognitiva”. Son casos en los que una de las partes mintió a la otra, amenazó a la otra o

---

<sup>115</sup> U.C.C. § 2-302 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1952).

<sup>116</sup> Restatement (Second) of Confs. § 208 (Am. L. Inst. 1981).

<sup>117</sup> Epstein, *supra* nota 109, p. 294–95, 315.

<sup>118</sup> STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 344 (Peter Birks ed., 2004).

<sup>119</sup> *Id.* p. 364.

confió en el juicio de la otra parte. Los casos de “simple falta de acuerdo” son casos de error, que discutiremos más adelante. A menudo, la ignorancia de una de las partes sobre la injusticia del acuerdo puede deberse a la falta de educación, inteligencia o conocimiento. Pero en estos casos, el remedio sólo se otorga cuando los términos son económicamente injustos. De lo contrario, un gran número de personas no podrían celebrar contratos vinculantes.

La posición intermedia, adoptada por la mayoría de los académicos, es que, importando la injusticia sustantiva, el contrato debe ser tanto “sustantiva” como “procesalmente” inconcebible para que un tribunal otorgue reparación.<sup>120</sup> El contrato es sustancialmente inconcebible cuando los términos son injustos. Cualquier tipo de “desventaja en la negociación” puede constituir unconscionability procedural. El Uniform Consumer Credit Code enumera ejemplos como los mencionados por Smith: “incapacidad. . . [para] proteger razonablemente sus intereses a razón de enfermedades físicas o mentales, ignorancia, analfabetismo ”.<sup>121</sup>

Ya tuvimos la oportunidad de hablar acerca de la dificultad que implica exigir tanto unconscionability procedural como sustantiva cuando discutimos la teoría de Dagan, que entiende que el derecho debería detectar ambas situaciones para invalidar un contrato.<sup>122</sup> Como vimos, para Dagan, la procedural unconscionability significa una ausencia de “autodeterminación”<sup>123</sup> o de “elección significativa” [meaningful choice].<sup>124</sup> “[L]a parte más débil sufre de ‘enfermedades físicas o mentales, ignorancia,

---

<sup>120</sup> Ver Melissa T. Lonegrass, Finding Room for Fairness in Formalism—the Sliding Scale Approach to Unconscionability, 44 LOY. U. CHI. L.J. 1, 8–12 (2012) (describiendo la consideración de estos dos factores como el “abordaje convencional” y contrastando el “abordaje de escala móvil” en “fuerte evidencia de los dos índices cuando no es ya necesario justificar el remedio”); Ver también RESTATEMENT OF CONSUMER CONTS. § 5 (AM. L. INST., Tentative Draft, Apr. 18, 2019) (“Al determinar que un contrato o un término es inconcebible, un mayor nivel de una [forma de unconscionability puede compensar] un menor grado del otro elemento,” pero “en circunstancias apropiadas, un alto grado de substantive unconscionability es suficiente para concluir que un término contractual estándar. . . es unconscionable.”). Nuestro punto no es solo que la substantive unconscionability es suficiente. El punto es que la procedural unconscionability debería ser relevante sólo como evidencia de substantive unconscionability.

<sup>121</sup> Ver UNIF. CONSUMER CREDIT CODE § 5.108(e) (NAT’L CONF. OF COMM’RS ON UNIF. STATE L. 1974).

<sup>122</sup> Ver supra p. 739–43.

<sup>123</sup> Ver DAGAN & DORFMAN, supra nota 59, p. 47.

<sup>124</sup> Ver DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 86–87 (las citas internas están omitidas).

analfabetismo o incapacidad para entender el lenguaje del acuerdo”<sup>125</sup>. Los vulnerables son a menudo los “pobres o los débiles, los ingenuos y los irreflexivos”<sup>126</sup>. Pero si los términos no son razonables, ¿por qué importaría que la parte desfavorecida los haya aceptado por ser vulnerable? Si era vulnerable, seguramente no recibiría remedios si los términos fueran razonables. El mal que debe remediarse, entonces, debe ser la poca razonabilidad de los términos. La vulnerabilidad simplemente explica por qué hay quien los acepta.

Si el mal que debe remediarse es la injusticia sustantiva, uno podría preguntarse por qué la falta unconscionability procedural debería importar en absoluto. Una razón—aunque no buena—es la creencia de que las partes que pueden protegerse deben hacerlo o sufrir las consecuencias de no haberlo hecho. Pero, ¿por qué negar remedio a una parte en base al hecho de que habiéndose podido proteger de un contrato injusto no lo hizo?

La única buena razón para denegar acciones en casos en que una de las partes podría haberse protegido es que aparecen dudas respecto de si el contrato es verdaderamente injusto. Si un hombre o mujer de negocios experimentado, familiarizado con la industria y los términos contractuales que se suelen utilizar, negociara un contrato y luego protestara que el precio o los términos eran injustos, pensaríamos que es poco probable que su afirmación sea cierta. La “unconscionability procedural” debería importar, pero solo en base a que es más probable que los términos del contrato sean sustancialmente injustos.

En consecuencia, cuando las cláusulas son claramente injustas, los tribunales deben otorgar acciones de reparación, aún cuando no haya indicios de unconscionability procedural. Es de esperar que estos casos sean raros. Sin embargo, aún antes de que la doctrina de la unconscionability fuera reconocida por el Uniform Commercial Code y el Second Restatement of Contracts, los tribunales de equidad otorgaron reparaciones a pesar de la poca o inexistente evidencia de una unconscionability procedural. Remedios fueron otorgados a un médico que había permutado una propiedad valuada en \$ 11.800 por

---

<sup>125</sup> Ver DAGAN & DORFMAN, supra nota 59, p. 48 (citando al RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 208 cmt. d (AM. L. INST. 1981)).

<sup>126</sup> Ver DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 86–87 (las citas internas están omitidas).



una propiedad valuada en \$ 15.000, pero sujeta a una hipoteca de \$ 15.000, que había acordado pagar;<sup>127</sup> al mecánico de un taller de autos que había adquirido una casa valuada en \$ 12.000 y a los doce días vendido a un maquinista con educación de sexto grado que nunca antes había sido poseedor de propiedad;<sup>128</sup> cuando un fideicomisario vendió una tierra por una décima parte de su valor;<sup>129</sup> cuando el dueño de una finca de frutas la dispuso a cambio de una propiedad que valía poco más que su hipoteca, que también asumió;<sup>130</sup> y cuando el propietario de un piso para cuatro familias lo cambió por un lote baldío que tendría un valor de menos de la mitad del capital que había entregado.<sup>131</sup> Suponga que un comerciante de autos usados le ofrece a un cliente un Mustang 2015 usado, por un precio que es tres veces mayor al fijado por la *Kelley Blue Book* para el automóvil de ese año y modelo. El cliente acepta sin consultar el *Blue Book*, que es una lista de fácil acceso, en la que se estipulan los precios por los que los automóviles son típicamente vendidos. El contrato es económicamente injusto. El cliente fue descuidado, y eso lo sabía el vendedor, pero es difícil entender por qué el vendedor debería poder beneficiarse del descuido del cliente.

## 2. La Doctrina de la Causa [Consideration]

El common law no examinará la adecuación de la causa. Por lo tanto, un contrato tiene causa incluso si el precio es injusto, aunque hayan acciones bajo la doctrina de la unconscionability.

Sin embargo, como señaló Simpson, los jueces que formularon la regla que dice que la adecuación de la causa es insignificante no estaban enfrentando el problema de qué hacer con los acuerdos injustos.<sup>132</sup> Estaban decidiendo qué promesas considerar válidas. Tuvieron que establecer un límite a las ejecuciones de promesas a través de acciones por *assumpsit*, y los tribunales ingleses lo impusieron al exigir que la promesa tuviera causa. En un intercambio entre dos partes, ese requisito era evidente. La causa de una promesa

---

<sup>127</sup> Ver *State Sec. & Realty Co. v. Shaffer*, 142 N.W. 1058, 1060 (Mich. 1913).

<sup>128</sup> Ver *Miller v. Coffeen*, 280 S.W.2d 100, 104 (Mo. 1955).

<sup>129</sup> Ver *Wright v. Wilson*, 10 Tenn. 294, 295 (Ct. Err. & App. 1829).

<sup>130</sup> Ver *Koch v. Streuter*, 83 N.E. 1072, 1077 (Ill. 1908).

<sup>131</sup> Ver *Linsell v. Halicki*, 215 N.W. 315, 316 (Mich. 1927).

<sup>132</sup> Ver A.W.B. SIMPSON, *A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT: THE RISE OF THE ACTION OF ASSUMPSIT* 445–49 (1975).

radicaba en lo que el promitente iba a recibir a cambio. Si estos intercambios hubieran sido las únicas promesas que los jueces hubieran querido hacer cumplir, las reglas sobre la doctrina de la causa se habrían desarrollado de una manera muy diversa. En cambio, decidieron considerar válidas promesas que involucraban a tres partes, o principios de cumplimientos que generan perjuicios [detrimental reliance], así como ciertas convenciones gratuitas, como promesas a yernos y préstamos y comodatos gratuitos.<sup>133</sup> Aunque los jueces hayan frecuentemente encontrado causa en estos negocios a través de analogías con los contratos de intercambio, la causa no era como una recompensa, en ningún sentido ordinario de esa palabra. En esos casos, exigir que la causa sea adecuada habría frustrado el propósito mismo que los jueces pretendían alcanzar, que era el de hacer cumplir promesas en las que la contraprestación no era una recompensa. Y así, se terminó diciendo, en las famosas palabras de *Sturlyn v. Albany*, que “cuando una cosa es ... hecha ... siendo nunca muy pequeña, constituye causa suficiente para fundar una acción.”<sup>134</sup>

En *Sturlyn*, el demandante arrendó un fundo a un tercero, quien lo había cedido al demandado. El demandante exigió el alquiler al demandado, quien prometió pagar si el demandante le mostraba una escritura que probara que el alquiler era debido. Los jueces dijeron que la exhibición de la escritura equivalía a la causa del contrato. Como lo nota Simpson, el caso no tiene nada que ver con la validación de contratos desproporcionados.<sup>135</sup> Como el autor principal de este artículo ha podido de manifiesto en otra obra, la validación de acuerdos desproporcionados fue una consecuencia inusual y ocasional de la regla contra el examen de la adecuación de la causa.<sup>136</sup> Ni los jueces que desarrollaron la regla, ni los que en el futuro la aplicaron, se enfrentaron al problema de qué hacer con la injusticia económica de los contratos.<sup>137</sup> Sin embargo, la regla se ha conservado, como lo señala el §79 del Second Restatement of Contracts, “Si el requisito de la causa se cumple, no hay requisito adicional de ... equivalencia entre los valores intercambiados”.

---

<sup>133</sup> Ver id. p. 416–52.

<sup>134</sup> Ver *Sturlyn v. Albany* (1587) 78 Eng. Rep. 327, 328 (KB).

<sup>135</sup> Ver SIMPSON, supra nota 132, p. 447.

<sup>136</sup> Ver, en general, *Equality in Exchange*, supra nota 24.

<sup>137</sup> Ver id. p. 1595–98.

La consecuencia es que los contratos de intercambio son normalmente válidos, sin que sea necesario examinar si el contrato es justo. Hemos visto por qué esto es como debe ser. El precio al que las partes contratantes intercambian es por lo general justo. Cada parte corre el riesgo de que el precio de mercado cambie, o de que se le ofrezca un precio más favorable si espera un poco más. Los términos serán justos siempre y cuando los riesgos se impongan a la parte que pueda soportarlos con mayor facilidad y que esa parte sea compensada por hacerlo. Los casos en los que el intercambio es injusto son excepcionales, y para tratarlos tenemos la doctrina de la unconscionability.

Sin embargo, la doctrina de la causa se ha utilizado para prevenir injusticias en tres tipos de situaciones. Primero, el caso en que solo una de las partes está legalmente obligada, como en los contratos de opción. En segundo lugar, a una de las partes se le permite comprar o vender una cantidad que desee de una cosa a un precio determinado. En tercer lugar, a una de las partes se le promete más dinero por una prestación que ya estaba obligada a realizar. En las tres situaciones, los tribunales han sostenido que los contratos carecen de causa. La dificultad radica en que la doctrina de la causa es una herramienta tosca en cuanto no permite distinguir los acuerdos que son justos de los que no lo son. En consecuencia, en cada uno de los tres supuestos los tribunales han modificado la doctrina, o establecido excepciones que discriminan entre contratos justos e injustos con mayor precisión. Por lo tanto, no es cierto que, en lo que respecta a la doctrina de la causa, no importe la justicia del intercambio. Más bien, a menos que uno crea que la justicia del intercambio sí importa, uno no podrá comprender la doctrina de la causa.

#### a. Opciones

En una opción, las partes acuerdan ciertos términos que serán vinculantes sólo si una de las partes así lo decide. Según la doctrina tradicional, una opción carece de causa porque la parte con derecho a elegir no ha renunciado a un derecho legal, ni se ha comprometido a hacerlo.

Una opción puede ser económicamente injusta. Supongamos, por ejemplo, que Arthur promete venderle a Belle su casa por \$ 500,000 en cualquier momento dentro de los próximos cinco años si Belle decide comprarla. La casa ahora vale \$ 300,000. Si su valor supera los \$ 500,000, Belle puede optar por comprar; si se mantiene por debajo de los \$ 500,000, puede optar por no hacerlo. El contrato permite que una de las partes especule a expensas de la otra. Es injusto como una apuesta injusta. Sería injusto permitir que Belle decidiera al final de una noche de póquer si acaso los participantes estaban jugando por dinero.<sup>138</sup>

A veces, sin embargo, la opción puede ser justa y tener un propósito práctico. Suponga, por ejemplo, que Arthur le promete a Belle que puede comprar su casa en cualquier momento de la próxima semana por \$ 500,000. El valor actual de la casa, y la cantidad que Belle estaría dispuesta a pagar en este momento, es \$ 500,000. Sin embargo, Belle no está dispuesta a comprometerse, porque quiere averiguar si puede conseguir el dinero de un prestamista o de su tía rica. Es poco probable que Belle se aproveche de una fluctuación en el precio de mercado de las casas para especular a expensas de Arthur. Además, en tales casos, como señala el Second Restatement of Contracts, “el hecho de que la opción sea un paso preliminar apropiado para la conclusión de una transacción socialmente útil proporciona una base sustancial suficiente para su ejecución”.<sup>139</sup>

La doctrina de la causa no puede discriminar con precisión entre las opciones que son justas y las que no lo son porque no examina a la justicia de manera directa. La respuesta que han dado algunos tribunales y el Second Restatement of Contracts es la de ejecutar las opciones que tengan una causa nominal [nominal consideration].<sup>140</sup> El Second Restatement reconoce que la causa nominal no equivale a una genuina causa. En el caso de una causa genuina, la promesa es hecha, al menos en parte, para inducir al

---

<sup>138</sup>Las jurisdicciones del Civil law no tienen una doctrina de la consideration. Ver JAMES GORDLEY, THE ENFORCEABILITY OF PROMISES IN EUROPEAN CONTRACT LAW 293 (2001) [de ahora en más ENFORCEABILITY]. Sin embargo, por lo general, se negaran a ejecutar una opción que sea gravemente injusta. Ver id. en p. 279–99.

<sup>139</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 87 cmt. b (AM. L. INST. 1981).

<sup>140</sup> Ver 1464-Eight, Ltd. v. Joppich, 154 S.W.3d 101, 110 (Tex. 2004) (que adopta la regla del Second Restatement of Contracts § 87(a)). Pero cf. Bd. of Control of E. Mich. Univ. v. Burgess, 206 N.W.2d 256, 257–58 (Mich. Ct. App. 1973) (sosteniendo que una opción de comprar una casa a 60 días, que fue apoyada por una causa nominal, no era ejecutable como una opción).

promisario a entregar un derecho. En el caso de la causa nominal, el promisorio entrega un derecho legal—por ejemplo, \$1—pero la razón no es inducir al promitente a comprometerse sino hacer que su promesa sea legalmente vinculante. Aunque la causa nominal no hará generalmente que el contrato sea válido, el Second Restatement hace una excepción para las opciones que sean justas. Establece que una opción es vinculante si “es en escrito y está firmada por el oferente, y expresa la causa entregada por la oferta, y propone un intercambio en términos justos dentro de un tiempo razonable”.<sup>141</sup> Para permitir que la doctrina discrimine entre opciones justas e injustas, el Second Restatement reconoce que es necesario efectuar una evaluación directa de la justicia del cambio.

El problema con la forma de este reconocimiento es que la validez de una opción justa depende de si las partes utilizaron las palabras mágicas. Siempre que un documento escrito de cuenta de una supuesta contraprestación, la opción es vinculante, independientemente de si la supuesta contraprestación se pague o no. Una opción justa no se puede hacer cumplir si el documento establece que “el oferente promete no revocar esta oferta por un período de una semana”, pero sí se puede hacer cumplir si agrega “a cambio de un dólar”. Es más probable que este requisito proteja a quienes tienen menos probabilidades de necesitar protección: las partes que contratan abogados que conocen las palabras mágicas.

La regla de la “oferta firme”, establecida en el Uniform Commercial Code, elimina la necesidad del uso de palabras mágicas. Establece que, entre comerciantes, una opción escrita y firmada de compra o venta a corto plazo que es declarada irrevocable no requiere causa. “[E]n ningún caso tal periodo de irrevocabilidad excederá los tres meses...”.<sup>142</sup> El artículo no requiere que la opción sea hecha en términos justos, pero intenta prevenir la injusticia que por lo general sucede en las opciones a largo plazo. Aunque no mencione a la justicia en los cambios, dice que “[c]ualquier contrato o deber asumido dentro [del Uniform Commercial Code] impone una obligación de buena fe en

---

<sup>141</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 87(1)(a) (AM. L. INST. 1981).

<sup>142</sup> U.C.C. §2-205 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1977).

su cumplimiento y ejecución.”<sup>143</sup>

b. Contratos de Suministro

Un contrato puede dejar sin especificar la cantidad de bienes que una de las partes tiene derecho a comprar o vender. En un “contrato a requerimiento” [requirement contract], se trata de la cantidad que una de las partes puede comprar; y en un “contrato a entrega” [output contract], se trata de la cantidad que una parte puede vender.<sup>144</sup> La cuestión acerca de la validez de estos contratos es otro caso en el que la doctrina tradicional de la causa demostró ser una herramienta tosca para prevenir la injusticia económica y, en consecuencia, tuvo que ser modificada.

Según la doctrina tradicional, a estos contratos les falta causa debido a que una de las partes no entrega ningún derecho.<sup>145</sup> El o ella podrá no comprar o vender, o podrá comprar o vender a un tercero. Tal regla ha prevenido que se ejecuten contratos que son severamente injustos. Por ejemplo, en *Wickham & Burton Coal Co. v. Farmers' Lumber Co.*, una de las partes prometió venderle a la otra todo el carbón que ordenara durante un año a \$1.50 la tonelada, a incrementarse a \$1.65.<sup>146</sup> El contrato es injusto porque permite al comprador especular a las expensas del vendedor. Si el precio del mercado del carbón cae bajo el precio contratado, el comprador podrá comprar el carbón en otra parte. Si el precio de mercado sube por sobre el precio contratado, podrá comprar carbón y revenderlo, sacando provecho hasta que la otra parte quiebre. Es injusto en la misma manera en que una tirada de moneda es injusta cuando una parte se obliga a pagar nada si la moneda cae de cara pero cobra un dólar si cae cruz.<sup>147</sup>

El problema con la doctrina tradicional es que uno podrá redactar un contrato igualmente injusto, que sí tenga causa. Una de las partes podrá aceptar comprar al menos una tonelada a la otra parte y, al mismo precio, todo el carbón que vaya a ordenar durante

---

<sup>143</sup> Id. §1-304.

<sup>144</sup> Ver U.C.C. §2-306 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM'N 1977).

<sup>145</sup> Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 17 (AM. L. INST. 1981).

<sup>146</sup> Ver 179 N.W. 417, 418–19 (Iowa 1920).

<sup>147</sup> Las jurisdicciones del Civil law no tienen una doctrina de la consideration, aunque siempre van a negarse a ejecutar un contrato a requerimiento que sea gravemente injusto. Ver, ENFORCEABILITY, supra nota 138, en 193–218.

el próximo año. O podrá prometer que si de hecho le compra carbón, no le comprará a ningún otro vendedor. El Uniform Commercial Code resolvió el escollo con una regla que tiene en cuenta a la justicia. Según el §2-306, en un contrato a entrega o a requerimiento, la cantidad a ser entregada u ordenada debe ser “tal entrega o requerimiento que pueda ser considerada como de buena fe, excepto que se trate de cantidades desproporcionadas según algún estimado declarado, o en ausencia de algún estimado declarado, según lo que constituya una normal o previa entrega o requerimiento”.<sup>148</sup>

### c. Deberes Preexistentes

Según la doctrina tradicional, el cumplimiento de un deber preexistente no puede valer como causa de una promesa. No importa si la promesa fue hecha a una autoridad gubernamental, o a un tercero, o a la otra parte de un contrato.

El abordaje moderno consiste en distinguir estas tres situaciones. En el caso de una promesa hecha a una autoridad gubernamental, el mal a ser corregido es la corrupción. Como el Second Restatement of Contracts observó, “Por lo general, no hay sanciones directas disponibles para un miembro del público a los efectos de exigir la prestación de un deber, y el peligro de amenazas, explícitas o implícitas, de retener el cumplimiento afecta tanto a intereses públicos como privados.” Tal promesa “es por lo tanto inválida en tanto que está contra de políticas públicas”.<sup>149</sup>

En el caso del tercero, rara vez hay un mal que se deba remediar. El Second Restatement concluyó que la promesa debe cumplirse porque “hay menos probabilidad de coerción económica u otras presiones injustas...”. Por lo tanto, “la tendencia del Derecho ha sido simplemente sostener que el cumplimiento del deber contractual puede valer como causa”.<sup>150</sup>

El tercer caso se da cuando se hizo una promesa a cambio de una prestación que ha sido ya prometida al promitente. Según el Second Restatement, el propósito de

---

<sup>148</sup> Ver U.C.C. §2-306 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1977).

<sup>149</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 73 cmt. b (AM. L. INST. 1981).

<sup>150</sup> Id. § 73 cmt. d.

negarse a hacer cumplir estas promesas es evitar la injusticia económica. “[Un] promitente sin escrúpulos puede amenazar con incumplir para obtener un bonus.”<sup>151</sup> Al contratar, como se describió anteriormente, cada parte ha corrido el riesgo de que los términos del contrato fueran al menos tan buenos como los términos que podría haber logrado en un trato mejor con otra persona. En consecuencia, una parte que pide más que el precio del contrato se comporta injustamente de la misma manera que una persona que incumple una apuesta. Es posible que pueda aprovecharse de la otra parte porque esa parte ya no está en una posición tan buena como para encontrar a alguien que pueda realizar la misma prestación por el mismo precio. En *Lingenfelder v. Wainwright Brewing Co.*, por ejemplo, un constructor demandó un precio mayor para terminar una cervecería.<sup>152</sup> La otra parte no podía contratar otro constructor para completar el trabajo y tener su cervecería terminada en tiempo y forma.<sup>153</sup>

Con todo, la doctrina tradicional es una manera cruda de prevenir la injusticia económica. Como veremos, la modificación de los términos originales puede ser justa porque las circunstancias cambiaron. Consecuentemente, el §89(a) del Second Restatement establece que una promesa que modifica un deber es válida “si la modificación es justa y equitativa en vista a circunstancias imprevistas por las partes al celebrar el contrato”.<sup>154</sup> Un ejemplo es lo resuelto en *Angel v. Murray*.<sup>155</sup> Un colector de basura se había obligado a recoger toda la basura del pueblo por un canon anual fijo. Inesperadamente, un desarrollista construyó un nuevo complejo de casas en el pueblo, aumentando de sobremanera los costos del colector. El tribunal consideró válida la promesa hecha por el gobierno del pueblo de pagarle un monto adicional como compensación por sus extra costos.

### 3. La Doctrina de la Impracticabilidad

La doctrina de la unconscionability e incluso la doctrina de la consideration se

---

<sup>151</sup> Id. § 73 cmt. c.

<sup>152</sup> Ver 15 S.W. 844, 847 (Mo. 1891).

<sup>153</sup> Las jurisdicciones del Civil law no tienen una doctrina de la consideration, aunque siempre van a negarse a ejecutar una promesa injusta de pagar más por una prestación de lo que fue originalmente acordado. Ver, por ejemplo, ENFORCEABILITY, supra nota 138, en p. 219–38.

<sup>154</sup> Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 89(a) (AM. L. INST. 1981).

<sup>155</sup> Ver 322 A.2d 630, 632–38 (R.I. 1974).



ocupan de si acaso un intercambio es económicamente justo al momento en que las partes contratan.<sup>156</sup> La doctrina de la impracticabilidad, lo veremos ahora, se ocupa de si acaso un intercambio devino económicamente injusto luego de que las partes contrataran. El criterio para determinar si acaso un intercambio es justo es el mismo: si cada parte fue compensada por los riesgos que el contrato le adjudica. Por tal razón, la doctrina de la impracticabilidad descansa sobre bases diferentes a la doctrina de la frustración del fin del contrato, que, como veremos, se ocupa no de la justicia económica, sino de la intencionalidad del intercambio.<sup>157</sup>

El Capítulo 11 del Second Restatement of Contracts trata a las dos doctrinas juntas. Se dice que las dos dan remedio por “cambios imprevistos de circunstancias”. Según el Second Restatement y el Uniform Commercial Code, el remedio por impracticabilidad depende de que la “no ocurrencia” del evento que hizo a la prestación más difícil fuera “una presuposición básica sobre la cual el contrato fue celebrado”.<sup>158</sup> Esa regla no ayuda. No es del todo clara respecto a qué se entiende por “presuposición básica”. Según los Comentarios Oficiales del Second Restatement, las partes debieron haber asumido esa presuposición conscientemente. “Las partes pueden haber tenido esa ‘presuposición básica’, a pesar de no haber sido conscientes de esa alternativa” .<sup>159</sup> Además, un “presupuesto” puede ser fundamental para la decisión de contratar y no ser “básico”. “[L]as condiciones de mercado y la situación financiera de las partes normalmente no son generalmente esas presuposiciones...”.<sup>160</sup> Entonces llegamos a la curiosa regla según la cuál las partes deben haber tenido una presuposición, la hayan asumiendo conscientemente o no, y que el presupuesto debe ser básico, sea de gran importancia para las partes o no. El lector se queda con la impresión de que los redactores del Restatement no estaban seguros de cuál debía ser la regla, pero no se les ocurrió otra mejor.

---

<sup>156</sup> Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. §§ 71, 208 (AM. L. INST. 1981).

<sup>157</sup> Ver infra Subsección III.B.1.

<sup>158</sup> U.C.C. § 2-615(a) (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1977); RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 261 (AM. L. INST. 1981).

<sup>159</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 152 cmt. b (AM. L. INST. 1981). El artículo 152 trata del error pero, según el Second Restatement, el término “presuposición básica” tiene el mismo sentido en las reglas que gobiernan esa doctrina como en aquellas que gobiernan las del cambio de las circunstancias. Ver id.

<sup>160</sup> Id.

La doctrina de la impracticabilidad otorga remedios en situaciones en las que la prestación se ha hecho más costosa. Puede haberse tornado más costosa porque devino físicamente más difícil, o porque los precios de mercado han cambiado. A seguido analizaremos cada situación.

a. Complicaciones Debido a Dificultades Físicas

En un caso clásico de California, *Mineral Park Land Co. v. Howard*, los defendidos acordaron tomar, del fundo del demandante, toda la grava y tierra que necesitaran para construir un puente.<sup>161</sup> Mucha de la misma se encontraba por debajo del agua, y tomarla habría costado diez a doce veces más que el monto normal. El tribunal entendió que los defendidos no estaban obligados.

El resultado fue justo aún cuando otorgar remedio parezca contradecir el mismísimo propósito del tipo de contrato que las partes celebraron. El contrato era a precio fijo y no a costo adicional. En un contrato a precio fijo, una parte acuerda efectuar una prestación por un precio previamente establecido. Si el costo de su prestación es menor al precio establecido, obtiene un beneficio. Si su costo es superior, sufre una pérdida. En un contrato a costo adicional, la parte que tiene que efectuar la prestación recibe el monto de sus costos más un monto adicional, por lo general un porcentaje, como beneficio. Al hacer un tipo de contrato en lugar del otro, las partes asignan el riesgo de que la prestación va ser más cara que lo previsto. Un contrato a precio fijo adjudica el riesgo a la parte que debe la prestación. El contrato a costo adicional adjudica el riesgo a la parte que recibirá la prestación. Siempre que el precio sea ajustado como para reflejar el riesgo, cualquiera de estos tipos contractuales puede ser justo en la manera en que una apuesta justa lo es.

En un contrato a costo adicional, no hay necesidad de una doctrina especial de la impracticabilidad para proteger a la parte cuyos costos se hayan incrementado. No fue dañada y se habrá beneficiado. La doctrina protege a las partes de los contratos a precio fijo. La pregunta es: ¿Cómo puede ser justo dar remedios a una parte de un contrato a precio justo por el hecho de que sus costos fueron imprevistamente altos? Pareciera ser

---

<sup>161</sup> Ver 156 P. 458, 458–60 (Cal. 1916).

que asumió ese riesgo, y que fue compensada por cargarlos.

Podemos ver una respuesta si consideramos por qué las partes celebrarían un contrato a precio fijo, en lugar de un contrato a costo adicional. Cuando el riesgo debe ser soportado por alguna de las partes, las partes van a asignarlo a aquel que pueda soportarlos de manera más barata. Como lo hemos notado anteriormente, hay tres razones por las que una parte estará en mejores condiciones de soportar un riesgo. Primero, estará en mejores condiciones de prever la magnitud del riesgo. Segundo, estará en mejores condiciones de controlar el riesgo. Y tercero, estará en condiciones de dispersar el riesgo sobre transacciones similares. La parte que proporciona un servicio—sea recolectar basura o construir un edificio o transportar bienes—a menudo está en una mejor condición de prever y controlar los costos y, si los costos son inesperadamente altos, de compensar sus pérdidas con sus ganancias en otros trabajos en los que los costos son inesperadamente bajos.<sup>162</sup>

Por lo tanto, la razón para celebrar un contrato a precio fijo no es que la parte que debe efectuar la prestación esta en mejores condiciones de asumir todos los riesgos. Más bien, está en mejores condiciones de asumir ciertos riesgos: aquellos que mejor puede prever, controlar y dispersar entre otros trabajos que haya asumido. Es con justicia, entonces, que el Derecho otorga remedios cuando el riesgo es uno que el deudor no asumió. Como el juez Skelly Wright dijo en *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, para que el remedio sea otorgado, “una contingencia—algo inesperado—debe ocurrir”, y que “el riesgo del inesperado suceso no haya estado asignado ni por acuerdo ni por costumbre.”<sup>163</sup> “La prueba de que el riesgo de la ocurrencia de una contingencia haya estado asignada puede estar en el acuerdo de manera explícita o implícita”.<sup>164</sup> En *Transatlantic*, una naviera, que se había obligado a precio fijo a llevar un cargo entero de trigo desde Galveston, Texas, a Irán, se vio obligada a navegar alrededor de África a un costo considerablemente mayor debido a que el Canal de Suez había sido cerrado a causa de una crisis política. Mientras que ninguna de las partes pudo haber controlado tal evento, Skelly Wright dijo que la naviera pudo más fácilmente haberlo previsto y

<sup>162</sup> Ver discusión supra Subsección II.B.1.

<sup>163</sup> 363 F.2d 312, 315 (D.C. Cir. 1966).

<sup>164</sup> Id. p. 316.

asegurándose. Aunque la nacionalización del Canal de Suez “no indicó necesariamente que el Canal se bloquearía”, “[l]as circunstancias sí indicaron ... una voluntad, por parte de Transatlantic, de asumir riesgos anormales”.<sup>165</sup>

En todo caso, es más razonable esperar que los propietarios-operadores de embarcaciones se aseguren contra los peligros de la guerra. Están en la mejor posición para calcular el costo de la prestación por rutas alternativas (y por lo tanto para estimar el monto del seguro requerido) e indudablemente son sensibles a los problemas internacionales, que afectan de manera única a la demanda y el costo de sus servicios.<sup>166</sup>

#### b. Complicaciones Debido a un Cambio en el Precio de Mercado

Una prestación puede resultar más costosa, no porque sea físicamente más difícil de realizar, sino porque los precios de mercado han cambiado. Existe un debate actual acerca de si se debe otorgar remedio en esta situación.

Un tribunal estadounidense no lo ha hecho todavía. El Comentario Oficial al Uniform Commercial Code sugiere que los tribunales deberían hacerlo.

El incremento del costo por sí mismo no sirve de excusa para efectuar la prestación, a no ser que la suba de los costos haya ocurrido debido a una contingencia imprevista, que altera la naturaleza esencial de la prestación. No es la suba ni el colapso del mercado en sí mismo una justificación, ya que es exactamente ese tipo de riesgo comercial el que los contratos comerciales hechos a precios fijos buscan cubrir. Pero una grave escasez de materias primas o de suministros, debido a una contingencia como la guerra, un embargo, la pérdida de cultivos locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de suministro, o causas parecidas, que generan un marcado aumento en los costos, o impiden por

---

<sup>165</sup> Id. p. 318–19.

<sup>166</sup> Id. p. 319.

completo al vendedor hacerse de los suministros necesarios para poder cumplir, están dentro de lo contemplado por este artículo.<sup>167</sup>

Según este Comentario, el remedio será otorgado cuando “un marcado aumento en el costo” sea causado por “una grave escasez de ... suministros, debido a una contingencia como la guerra, un embargo, la pérdida de cultivos locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de suministro, o causas parecidas”. Una razón para pensar que el Comentario quiere decir lo que dice consiste en que el redactor fue Karl Llewellyn, que estudió Derecho en Suiza, y estaba completamente familiarizado con el Derecho alemán. Es difícil para alguien familiarizado con el Derecho alemán leer este Comentario sin pensar en los primeros casos en los que el más alto tribunal alemán para asuntos civiles otorgó remedio por cambios imprevistos y severos en el precio de mercado. En un caso, el estallido de la Primera Guerra Mundial hizo que el precio del carbón para caldera se disparara.<sup>168</sup> En otro, el colapso de Alemania en 1918 causó un incremento gigante en el precio del alambre de hierro.<sup>169</sup>

Gran parte del debate en los Estados Unidos sobre si se debe otorgar alivio se ha centrado en el caso *Westinghouse*.<sup>170</sup> Westinghouse se había obligado a proporcionar un suministro continuo de uranio a un precio fijo para alimentar generadores nucleares. El precio del uranio se disparó debido a la crisis del petróleo árabe. Las partes resolvieron el caso antes de la apelación.

Como sugiere el propio Comentario al §2-615, no se debe otorgar alivio cuando el cambio en los precios de mercado “es exactamente el tipo de riesgo comercial que los contratos comerciales hechos a precios fijos buscan cubrir”. De ello no se sigue que dicho

---

<sup>167</sup> Ver U.C.C. § 2-615 cmt. 4 (AM. L. INST. & UNIF. LAW COMM’N 1977).

<sup>168</sup> Ver Reichsgericht [RGZ] [Federal Court of Justice] Sept. 21, 1920, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* [RGZ] 100, 129 (Ger.).

<sup>169</sup> Ver Reichsgericht [RGZ] [Federal Court of Justice] Nov. 29, 1921, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* [RGZ] 103, 177 (Ger.).

<sup>170</sup> Ver en general Paul L. Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 J. LEGAL STUD. 119 (1977).

contrato se haga para distribuir cualquier riesgo que surja de un cambio en el precio de mercado.

Cuando una parte vende bienes que ya posee, la misma soporta el riesgo de que el precio de mercado cambie simplemente porque la misma los posee. Cuando vende antes de la entrega, transfiere ese riesgo al comprador. En una venta genérica, sin embargo, el vendedor está obligado a entregar, no bienes específicos, sino cualquier bien que se ajuste a una descripción particular, como alambre de cobre o uranio. Por lo general, el vendedor no posee ni fabrica los bienes que vende. El comprador anticipa que necesitará bienes de cierto tipo en el futuro y se verá perjudicado si su precio aumenta. Como señaló Paul Joskow, el vendedor se asegura a sí mismo contra ese riesgo.<sup>171</sup> El contrato es un seguro contra cambios de precio emitido en la forma de contrato de compraventa.

No sigue de lo dicho, como Jaskow pensó, que el vendedor asume el riesgo de una subida del precio, por más drástica que sea. En una póliza de seguros convencional, el monto que el asegurador puede perder no puede ser mayor que la pérdida que el asegurado puede sufrir. Como se dijo anteriormente, si las partes son adversas al riesgo, no hay precio por el seguro adicional que sea aceptable tanto para el dueño como para la compañía de seguros. En una venta de géneros, si el precio de mercado varía de manera suficiente, la diferencia entre el precio de mercado y el precio establecido en el contrato excederá cualquier pérdida que el comprador pueda sufrir y, en consecuencia, excederá cualquier pérdida que hubiera estado dispuesto a asegurar.<sup>172</sup> El recupero del comprador debería estar limitado a lo que, en un contrato normal de seguros, llamaríamos su “interés asegurable”; es decir, el monto de la pérdida que podría haber sufrido si se hubiera visto obligado a comprar los bienes para su propio uso en el mercado. Si el precio subió al punto en que ganaría más revendiendo los bienes en el mercado que usándolos el mismo, no debería recuperar la diferencia.<sup>173</sup>

#### D. La Tesis de Rakoff

---

<sup>171</sup> Ver id. p. 162.

<sup>172</sup> Ver JAMES GORDLEY, FOUNDATIONS OF PRIVATE LAW: PROPERTY, TORT, CONTRACT, UNJUST ENRICHMENT 350 (2006).

<sup>173</sup> Ver id. p. 350–51.

En un reciente y bienvenido quiebre con los típicos escritos sobre teoría del contrato, Todd Rakoff criticó los intentos de explicar el Derecho contractual “enteramente en términos de estándares de libertad o de eficiencia”.<sup>174</sup> “De hecho, el Derecho—tanto el Derecho judicial como el Derecho legislado—se preocupa mucho—no exclusivamente, pero mucho—por la justicia de los intercambios, y esta atención afecta tanto a la determinación de las reglas como a la decisión de los casos individuales”.<sup>175</sup> El autor habla de la injusticia económica: “Me refiero a la justicia en su central sentido transaccional en cuanto refiere a los intercambios y transacciones: ¿lo que se da, está en una relación justa con lo que se recibe?”<sup>176</sup> Creemos que el autor tiene razón, aunque, en nuestra opinión, una teoría basada en la justicia no es una alternativa a las teorías basadas en la eficiencia o la autonomía, sino que puede incorporar las introspecciones de estas últimas.

Rakoff cita a Aristóteles, quien “distinguió entre rectificar transacciones de persona a persona—justicia conmutativa—y la división entre todos los miembros de la sociedad de la riqueza o el honor de la sociedad—justicia distributiva”.<sup>177</sup> Según Rakoff estamos “segados en presumir que el Derecho contractual, como Derecho ‘privado’, debería ocuparse solamente con principios conmutativos”.<sup>178</sup> A diferencia de Rakoff, pensamos que el contrato está típicamente ocupado de la justicia conmutativa, no de la justicia distributiva. En la parte V de este artículo, explicamos por qué.

Rakoff también distingue cinco tipos diferentes de justicia económica.<sup>179</sup> Una de ellas es la “justicia conmutativa” o “justicia en el cambio”.<sup>180</sup> Rakoff identificó esta forma con la “concepción de Aristóteles” y agregó que está “muy bien expuesta” en uno de los artículos del autor principal de este trabajo, *Equality in Exchange*.<sup>181</sup>

En lo que diferimos es en que Rakoff afirma que hay otras cuatro formas de

---

<sup>174</sup> Todd D. Rakoff, *The Five Justices of Contract Law*, 2016 WIS. L. REV. 733, 734 (2016).

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> *Id.*

<sup>177</sup> *Id.* en 737.

<sup>178</sup> *Id.*

<sup>179</sup> Ver *id.* p. 739.

<sup>180</sup> *Id.* p. 737, 739.

<sup>181</sup> *Id.* p. 737 n. 24; *Equality in Exchange*, supra nota 24, p. 1588–90.

justicia económica.<sup>182</sup> Cada forma es una “forma distintiva [] de pensar sobre la justicia de los contratos..., que a menudo justifican diferentes resultados. ”<sup>183</sup> Concluye que, “nosotros abordamos el asunto con ceguera analítica [cuando] [presumimos] que si el Derecho presta atención a la justicia de los intercambios, el único estándar posible de justicia sea la igualdad”.<sup>184</sup>

Según Rakoff, la segunda forma es “la justicia como apuesta honesta”.<sup>185</sup> El intercambio es justo de la misma manera que una apuesta lo es, de modo que la parte que asuma un riesgo es compensada por hacerlo.<sup>186</sup> La tercera es la “[j]usticia como el término que encaja”.<sup>187</sup> Esta “busca especificar un término particular” dentro de “la estructura básica de una relación” e “intenta encontrar el término que mejor se adapte a la relación que las partes de otra manera hubieran entablado”.<sup>188</sup> La cuarta es la “[j]usticia como la recompensa merecida”.<sup>189</sup> Esta “recompensa el uso adecuado de la institución de la contratación”.<sup>190</sup> “Ser un buen negociador, lograr un buen trato, es en sí mismo un mérito que merece una recompensa”.<sup>191</sup> “La asunción de una obligación de hacer una actividad valiosa” está en condiciones de “merecer beneficios”.<sup>192</sup> La quinta forma es la “justicia como la ventaja a no ser tomada”.<sup>193</sup> Entre sus ejemplos se encuentra el de cobrar un alto precio por rescatar un barco en apuros.<sup>194</sup>

Ahora podemos ver que estas otras formas de justicia encajan fácilmente con nuestra teoría de la justicia en el intercambio. Como hemos visto, su segunda forma,

---

<sup>182</sup> Ver Rakoff, supra nota 174, en p. 739.

<sup>183</sup> Id. p. 790.

<sup>184</sup> Id. p. 737.

<sup>185</sup> Id. p. 739.

<sup>186</sup> Ver id. p. 749.

<sup>187</sup> Id. p. 739.

<sup>188</sup> Id. p. 756.

<sup>189</sup> Id. p. 739.

<sup>190</sup> Id. p. 765.

<sup>191</sup> Id. p. 769.

<sup>192</sup> Id. p. 768 (citando a DAVID MILLER, PRINCIPLES OF SOCIAL JUSTICE 149 (1999)).

<sup>193</sup> Id. p. 739.

<sup>194</sup> Ver id. en p. 786. Sus otros ejemplos consisten en aprovechar de la parte con quien uno tiene una relación de cooperación a largo plazo y pagarle mal a nuestros empleados. Ver id. en p. 780–82. El primero parece ser un ejemplo de la tercera forma de justicia, ya que incumple una obligación que está implícita en la relación más amplia. El segundo, como veremos, se refiere a la relación entre la justicia conmutativa y la distributiva.



“justicia como apuesta honesta”, es una forma de la primera. De hecho, para explicar cómo la prestación puede ser igual en valor, uno debe confiar en las ideas del valor esperado y la justicia como apuesta justa.

Su tercera forma de justicia es también una forma de la primera. Como él mismo la describe, la “justicia [es] el término que encaja”.<sup>195</sup> Hemos visto por qué un término auxiliar justo encaja: una parte es compensada por el riesgo o carga que el término le adjudica de manera que, una vez más, el contrato es justo en el mismo sentido en que una apuesta justa lo es.

También hemos demostrado cómo nuestra teoría incluye premiar “el uso adecuado de la institución de la contratación” por parte de “un buen negociador”, que es la cuarta forma de Rakoff.<sup>196</sup> Si una parte puede leer el mercado debido a que posee una habilidad superior o ha adherido información de mercado que otros comerciantes no tienen, el intercambio todavía puede ser justo. Apostó, cuando adquirió esta habilidad o información, o se la compró a alguien que la tenía, que la habilidad o información valía la pena. Una parte que no lo hizo apostó a que la habilidad o información no valía la pena. El intercambio sigue siendo justo en igual sentido en que una apuesta justa lo es. Más aún, la razón por la que el mercado actual refleja las chances de que cambiara en el futuro es que los comerciantes tratan de ejercitar esa habilidad o adquirir información que, creen, los ayudara a predecir precios futuros. Sus esfuerzos deben ser recompensados si los precios de mercado deben ser justos.

La quinta forma es la “justicia como la ventaja a no ser tomada”.<sup>197</sup> Ya hemos expuesto que la ventaja es tomada precisamente cuando el contrato es inequitativo. Es injusto cuando, por necesidad o ignorancia, una parte no puede contratar al precio de mercado. Ese es el caso del ejemplo de Rakoff del barco en apuros.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> Id. p. 739.

<sup>196</sup> Id. p. 765, 769.

<sup>197</sup> Id. p. 739.

<sup>198</sup> Ver id. p. 786–87.

# ***ENSAYOS***

**DIGITALIZACIÓN EN PROCESOS CIVILES  
BAJO LOS ASPECTOS DE DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y  
DERECHOS HUMANOS**

**DIGITALIZATION IN CIVIL PROCESSES  
UNDER THE ASPECTS OF DEMOCRACY, RULE OF LAW AND HUMAN  
RIGHTS**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hanns Prütting<sup>1</sup>

Universität zu Köln

Resumen: El Código Procesal Civil alemán se remonta a 1877. Se caracterizaba por la libertad y dispositividad de las partes, oralidad, intermediación y publicidad, así como por la libre valoración de las pruebas, por lo que era un cuerpo legal muy liberal y moderno. Sus estructuras básicas todavía se aplican hoy, con ciertas restricciones. Es comprensible que el legislador de 1877 no supiera nada sobre la digitalización. Pero en el siglo XXI no ha estado inactiva y ha adoptado la idea de una justicia electrónica y tráfico legal electrónico aplicándolos de diversas formas.

Palabras claves: digitalización, justicia civil, derechos humanos.

Abstract: The German Civil Procedure Code dates back to 1877. It was characterized by the freedom and dispositiveness of the parties, orality, immediacy and publicity, as well as by the free evaluation of the evidence, which is why it was a very liberal and modern legal body . Its basic structures still apply today, with certain restrictions. Understandably, the 1877 legislator knew nothing about digitization. But in the 21st century it has not been idle and has embraced the idea of electronic justice and electronic legal traffic applying them in various ways.

Keywords: digitization, civil justice, human rights

*I. Introducción: La posición jurídica de partida desde el punto de vista alemán<sup>2</sup>*

El Código Procesal Civil alemán se remonta a 1877. Se caracterizaba por la libertad y dispositividad de las partes, oralidad, intermediación y publicidad, así como por la libre valoración de las pruebas, por lo que era un cuerpo legal muy liberal y moderno. Sus estructuras básicas todavía se aplican hoy, con ciertas restricciones. Es comprensible que el legislador de 1877 no supiera nada sobre la digitalización. Pero en el siglo XXI no ha estado inactiva y ha adoptado la idea de una justicia electrónica y tráfico legal electrónico aplicándolos de diversas formas. Ya en 2001, se incorporó a la ley el § 128a ZPO (audiencia mediante transmisión de imagen y sonido), así como el § 130a ZPO (documento electrónico) y en 2005 el § 298a ZPO (expediente electrónico). Finalmente, en 2013 se creó la Ley de Promoción de las Transacciones Jurídicas Electrónicas en los Tribunales. Por último, la ley sobre la introducción de expedientes electrónicos en el Poder Judicial de 5 de julio de 2017 (Gaceta de Leyes Federales I 2208) también incluyó la jurisdicción penal.

En detalle, esto significa hoy: en lugar de la audiencia oral, el legislador ha permitido expresamente una videoconferencia en la que solo el tribunal está en la sala del tribunal y las partes y sus representantes autorizados están conectados por transmisión de video y audio. (§ 128a (1) ZPO). Esto también se aplica al interrogatorio de un testigo, un perito o una parte (§ 128a (2) ZPO). Además, los documentos escritos y sus anexos, las solicitudes y declaraciones de las partes, así como la información, las declaraciones, los dictámenes periciales, las traducciones y las declaraciones de terceros, pueden presentarse al tribunal como documentos electrónicos (§ 130a (1) ZPO). Los documentos judiciales que requieren firma manuscrita pueden incorporarse también como documentos electrónicos (Sección 130b ZPO). El registro y archivo judicial se puede mantener en formato electrónico (§§ 160a, 160b ZPO). La ley permite una apelación electrónica, su motivación, así como un procedimiento por videoconferencia (§§ 519 Abs. 4, 520 Abs. 5, 525, 549 Abs. 2, 551 Abs. 4 ZPO). La administración e inspección de registros electrónicos se proporcionan de acuerdo con las §§. 298a, 299, párrafo 3 de la ZPO. En muchas áreas, la prueba se puede tomar electrónicamente (§ § 128a (2), 371 (1) oración 2, 371a, 416a ZPO). Finalmente, la sentencia también puede ser emitida en formato electrónico, notificada y

---

<sup>1</sup> h.pruetting@uni-koeln.de Conferencia pronunciada en Kyoto, octubre 2021

subsanaada (§ 130b, 317 Párrafo 3, 317 Párrafo 5, 319 Párrafo 2, 320 Párrafo 3 oraciónn 6 ZPO). Las decisiones electrónicas son posibles para la ejecución (§§ 753, Párrafo 3, Cláusula 2, 829a ZPO), especialmente en el procedimiento electrónico simplificado (§§ 754a, 829a ZPO).

Esta es una breve descripción teórica de lo que la ley permitiría hoy. Sin embargo, aparte de varios proyectos pilotos, la implementación es en gran parte deficiente. Aquí, sin embargo, el derecho procesal ha recibido un impulso significativo en la teoría y la práctica debido a la pandemia. Sobre todo, expertos del área de la digitalización y tráfico electrónico han abordado el tema. Solo menciono la investigación de mi colega Matthias Weller junto con el presidente del LG Darmstadt Rolf Köbler, el trabajo de Martin Zwickel, Reinhard Greger, Daniel Effer-Uhe, Benedikt Windau y las sugerencias hechas por Volkert Vorwerk y Reinhard Gaier. El documento de discusión de un grupo de trabajo de los presidentes de los tribunales regionales superiores, el tribunal de sala, el tribunal regional supremo de Baviera y la BGH, que fue presentado y discutido en febrero de 2021 en dos grandes eventos, es actualmente de una importancia destacada. Este grupo de trabajo fue creado por el presidente de la OLG de Nuremberg, Dr. Thomas Dickert.

## *II. Propuestas de implementación*

Sobre la base del fundamento jurídico y las propuestas de este grupo de trabajo, intentaré a continuación comprobar la compatibilidad de la digitalización de los procesos civiles con el estado de derecho, las garantías constitucionales y los principios procesales. El grupo de trabajo se ocupó de seis cuestiones centrales.

1. En primer lugar, se requiere un acceso más fácil para quienes buscan justicia. Para ello, se creará un portal de justicia electrónica uniforme que ofrezca opciones de acceso integral a los procesos y servicios judiciales. De esta manera, debe poder comunicarse con la oficina de peticiones legales del tribunal en particular, debe poder transmitir solicitudes de reclamación si no funciona el sistema y abrirse un procedimiento en línea acelerado.
2. Además, se creará una sala de mensajes electrónicos a modo de plataforma de chat. Esta sala de mensajes electrónicos también sería accesible para dispositivos móviles. La sala de mensajes electrónicos podría reemplazar el correo, el fax, el teléfono o el correo

---

<sup>2</sup> Traducido por Álvaro Pérez Ragone, Universidad de San Pablo-Tucumán

electrónico para todos los arreglos informales (citas, estructuración de procedimientos, retrasos o enfermedades en el período previo a una cita). El mensaje respectivo no formaría parte de los archivos de prueba. La sala de mensajes electrónicos solo debe considerarse si ambas partes están representadas por un abogado.

Aquí es donde comienza la crítica en la literatura. La cuestión es si se debería abrir un canal de comunicación independiente adicional además de las transacciones legales electrónicas, así como el correo, el fax y el teléfono, o si la comunicación electrónica no podría integrarse en la estructura informática existente de las transacciones legales electrónicas. El buzón de correo electrónico especial para abogados debe tenerse en cuenta en particular. Con todo, habría que seguir desarrollando la comunicación jurídica electrónica. A largo plazo, se debe desarrollar una sala de datos uniforme para los tribunales y los abogados en forma de archivo electrónico en la nube de la justicia.

3. También se está discutiendo la creación de un proceso en línea para las reclamaciones de los consumidores contra las empresas en los típicos procedimientos masivos. El grupo de trabajo propuso un procedimiento para importes en litigio de hasta 5.000,00 € con una audiencia opcional a modo de videoconferencia. Sólo debe admitirse como prueba lo que entra en consideración en el procedimiento electrónico. El trasfondo de esto es la discusión de larga data sobre la creación de procesos de reclamos menores y la situación actual de los tribunales sobrecargados con juicios por los derechos de los pasajeros, con juicios por el reembolso del alquiler, con juicios por reembolso de trenes y juicios por el escándalo del diesel. En estos casos, sin embargo, el 2do Senado Civil de la Corte Federal de Justicia acaba de decidir en la decisión de Air Berlin del 13 de julio de 2021 que, contrariamente a la clara redacción de la ley, una acción de clase de cobro es generalmente admisible, lo que podría desplazar los procedimientos individuales en línea.

4. En relación con las transacciones legales electrónicas, el legislador acaba de crear el buzón de correo electrónico especial para los abogados (§ 31b BRAO). El grupo de trabajo lo pidió con razón. Además, debería crearse un medio de transmisión electrónico seguro para los participantes no profesionales en el procedimiento, que en particular suprima el fax como comunicación con el tribunal. Finalmente, se requiere una confirmación automática de recepción como prueba de entrega.

5. Una característica especial en el contexto de las futuras transacciones legales electrónicas es el debate durante mucho tiempo y ahora también lo retoma el grupo de trabajo, sobre una presentación estructurada de las partes en el contexto de los procedimientos civiles. El punto es el nuevo § 139 Párrafo 1 Cláusula 3 ZPO, el tribunal permite estructurar el proceso y resolver la disputa. Esto podría conducir al desarrollo de una especie de documento básico que instruya a las partes a insertar sus presentaciones de las partes en esta estructura aproximada. La autorización para emitir resoluciones en el § 130c del Código de Procedimiento Civil alemán (ZPO) permitiría desarrollar un formulario para ello. La idea puede ser obvia en ciertos procedimientos masivos, pero podría ser muy problemática en los procedimientos civiles normales con su variedad de constelaciones y las peculiaridades del caso individual respectivo.

De lege ferenda se podría imaginar un sistema modular digital con una estructura según la base de reclamaciones o cuestiones de la vida, una separación de hechos y cuestiones legales, una pequeña subdivisión en declaraciones individuales y un desglose según la secuencia temporal. Por supuesto, una presentación de las partes estructurada de esta manera tendría que realizarse de acuerdo con las garantías constitucionales y los principios procesales centrales.

6. La comunicación jurídica electrónica plantea dificultades especiales en la ejecución hipotecaria. La base del trámite es la copia exigible, que debe estar disponible en papel. Se aplica el principio de formalizar la ejecución hipotecaria. El grupo de trabajo está tomando un nuevo camino aquí y quiere ampliar el archivo de documentos para ser utilizado por los notarios a partir de 2022 y diseñarlo como un registro de títulos para los títulos de ejecución judicial. Luego, se tendría que desarrollar una identificación de documento única a partir del título de ejecución y almacenarla en el registro.

7. El breve resumen muestra que aún queda un largo camino por recorrer desde la base jurídica de la comunicación jurídica electrónica hasta la aplicación práctica general. Los requisitos legales se cumplen en gran medida. La digitalización del poder judicial depende menos de la ley y las discusiones legales que de la implementación técnica y organizativa en la práctica.

### *III. Principios procesales y derecho constitucional*

El proceso digital provocará cambios importantes en los litigios civiles alemanes. Por tanto, surge la pregunta de cómo dichos cambios armonizan con las máximas del proceso y las garantías procesales constitucionales.

### 1. Videoconferencia

Comencemos con la videoconferencia según § 128a ZPO. Una videoconferencia que sustituya a la audiencia oral y la obtención de pruebas podría interferir con los principios procesales de oralidad, intermediación y publicidad.

a) En particular, se supone que el principio de oralidad, que era de importancia central con el Código Procesal Civil en 1877, conduciría a la simplificación, aceleración y concentración del procedimiento hasta el día de hoy. También sirve para establecer la verdad material y la justicia procesal. Ayuda a que el proceso y la toma de decisiones sean transparentes, comprensibles y predecibles. El legislador alemán contrarrestó la tendencia en la práctica de cambiar en gran medida a la forma escrita, en particular con la enmienda de 1976 a la simplificación, pero también con las negociaciones de calidad obligatorias en 2001. El principio de oralidad no está directamente anclado en el derecho constitucional, pero está indirectamente protegido por el principio de publicidad, que está anclado en el artículo 6, párrafo 1 del CEDH y en el artículo 47 de CFR.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el principio de oralidad puede ser renunciado de muchas formas por voluntad de la parte, como lo muestran los §§ 128 (2), 128a (2) y 284 (2) de la ZPO. Con respecto a las partes, incluso se puede ordenar una videoconferencia de oficio (§ 128a (1) ZPO). La máxima procedimental de la economía de procesos también habla con mucha fuerza a favor de la videoconferencia. Los viajes, los costos y los gastos de tiempo, así como la compensación por lucro cesante, se pueden ahorrar en gran medida. Los viajes perdidos protegen el medio ambiente. La propia regulación tiene, a través de restricciones a la práctica oral, particularmente en el caso de procedimientos de escasa cuantía (§ § 495a, 128 (3), (4), 127 (1) oración 1 ZPO) y la iniciación de procedimientos (§ § 276, 129 ZPO), así como en el caso de la prueba gratuita (§ 284 oración 2 ZPO) Ello deja claro que el principio de oralidad no es de absoluta importancia.

Las preocupaciones sobre una videoconferencia, especialmente en el contexto de la prueba de los testigos, declaración de partes o de peritos, podrían surgir si la credibilidad de una persona es de importancia decisiva. Si la videoconferencia es equivalente a



una presencia real de la parte y los testigos es controvertido. En particular, no hay una respuesta general a la pregunta de si un testigo (o incluso una de las partes) afirma la falsedad más fácilmente frente a una cámara que directamente frente al juez. En cualquier caso, en el momento de la pandemia, es más útil ver la cara completa de las partes y los testigos en una videoconferencia que tener a la persona real con una máscara respiratoria frente a usted. También debe tenerse en cuenta que el legislador otorga la posibilidad de escuchar al testigo a través de un juez exhortado a través de la asistencia judicial recíproca (§§ 355 párr. 2, 362, 375 párr. 1 ZPO). Esta posibilidad de que el juez solicitado tome pruebas, demuestra que el legislador da prioridad a la economía del litigio sobre la oralidad y la inmediación en los casos individuales. En resumen, se puede decir, por tanto, que la injerencia en el principio de oralidad a través de una videoconferencia parece estar justificada.

b) El principio de inmediación significa que la audiencia oral y, en particular, la obtención de pruebas debe realizarse ante el tribunal designado para decidir (§§ 128 § 1, 355 § 1 ZPO). La sentencia solo podrá ser dictada por el juez que asistió a la audiencia oral en la que se basó (artículo 309 ZPO). La inmediación está, por tanto, estrechamente relacionada con la oralidad, la libre valoración de las pruebas por parte del juez y la conexión entre audiencia judicial y decisión. Debe descartarse la interposición de un intermediario. Sin embargo, la inmediación no tiene rango constitucional (BVerfG, NJW 2008, 2243, 2244). Las restricciones significativas sobre la inmediatez permiten la participación de un juez comisionado (§ 361 ZPO) o solicitado (§ 362 ZPO), lo que es posible con todas las pruebas. También la libertad de un presidente de la Sala de Asuntos Comerciales (§ 349, Párrafo 1, Cláusula 2 ZPO), así como la posibilidad de procedimientos probatorios independientes (§ § 485 y siguientes, así como la interpretación estricta de la sección 309 ZPO) La negociación subyacente solo tiene que ser la última audiencia oral y demuestran la escasa importancia del principio de inmediación en los procesos civiles. En relación con una videoconferencia, no existe ninguna preocupación de que la audiencia oral y la toma de pruebas se consideren inmediatas.

c) El principio de que los procedimientos deben ser públicos está anclado en el artículo 6, párrafo 1 del CEDH como requisito previo para un juicio justo. Para visitantes y observadores, público significa una sala pública dentro del marco de las salas del juzgado. El propósito de la ley es controlar los procedimientos por parte del público en general. De esta manera, el público asegura la confianza de los ciudadanos en un poder judicial inde-

pendiente. De acuerdo con la § 128a del Código Procesal Civil alemán (ZPO), la sala de reuniones del tribunal permanece sin cambios en caso de una videoconferencia. La cancha permanece en la sala de reuniones, que aún es accesible para los espectadores. Por tanto, el público está protegido. Si en el futuro se permitiera una videoconferencia, en la que el juez tampoco se encuentra en el juzgado, habría que exigir que la transmisión de imagen y sonido también se habilite en la sala de conferencias o en una sala de transmisión. No quiero entrar en más detalles sobre los problemas técnicos del público, que sin duda hay que superar. Así que se tendrán que tomar precauciones si, a pesar de una orden judicial de una videoconferencia, un participante del proceso se presenta sorpresivamente en el juzgado. En el caso de que los involucrados en el proceso quieran grabar la audiencia oral de manera inadmisibles, se requiere una prohibición legal expresa, como ya lo establece el § 169 (1) fracción 2 de la GVG a los efectos de la presentación pública.

d) En general, el derecho constitucional y las máximas procesales no se interponen en el camino de los procedimientos judiciales por videoconferencia. Sin embargo, la comunicación virtual no debe desplazar o reemplazar por completo la presencia física de los involucrados en la audiencia oral. La discreción otorgada al tribunal en § 128a ZPO debe permanecer en su lugar.

## 2. Proceso Online

La evaluación puede ser completamente diferente si considera el procedimiento planeado puramente en línea. Porque aquí se piensa que un trámite puramente escrito se realiza mediante comunicación electrónica. Las audiencias orales, como una videoconferencia o una conferencia telefónica, solo se planean en casos excepcionales. Esto elimina por completo el principio de oralidad y probablemente también de publicidad. Solo la idea de inmediación en el sentido de las §§ 309, 355 ZPO puede conservarse si el procedimiento electrónico se define como la audiencia en la que se basa. El procedimiento debería ser obligatorio para el empresario demandado. Las posibles intervenciones no pueden justificarse con el principio voluntario de “volenti non fit iniuria”.

Además de la oralidad y la publicidad, el principio garantizado constitucionalmente del derecho a la prueba también podría verse afectado. Porque en un proceso puramente electrónico, no se pueden aportar determinadas pruebas. Esto se aplica tanto a la inspección visual como (en vista de los plazos cortos) a la opinión de un perito. Por último, podría haber preocupaciones sobre la igualdad de acceso y la igualdad de armas. Porque el demandante en el trámite online

solo puede ser un consumidor para quien este trámite es opcional y por tanto voluntario, mientras que es obligatorio para el empresario demandado. En general, tal procedimiento en línea revela una interferencia considerable con las máximas del proceso y los derechos legales básicos constitucionales.

Esto se compensa con el hecho de que se trata de un procedimiento de pequeña cuantía de hasta 5000,00 € (es decir, en el área del tribunal oficial) y que solo está destinado a cubrir ciertos casos masivos definidos individualmente. Debería servir para acelerar y ahorrar mano de obra para el tribunal y las partes, es decir, debería estar conformado por el principio de eficiencia y economía de procesos. El legislador se ha pronunciado expresamente a favor del principio de economía procesal en el tribunal de distrito en el § 495a ZPO, en el caso de prueba libre en el § 284 frase 2 ZPO. En la ponderación necesaria de los puntos de vista, también debe tenerse en cuenta que tales procedimientos en línea pueden promover el acceso a los tribunales. El desinterés racional opuesto en el caso de los procedimientos masivos puede suprimirse. También se prevé la posibilidad de una transición del procedimiento en línea al procedimiento de litigio normal. Si el demandante no ha cumplimentado correctamente los formularios facilitados, esto no debe dar lugar a que la demanda sea rechazada por inadmisibile. Más bien, el camino hacia el litigio general debe permanecer abierto.

En mi opinión, una ponderación general de los puntos de vista lleva al hecho de que un procedimiento en línea es permisible y recomendado para procesos de menor cuantía.

### 3. Estructura de las alegaciones de las partes

Probablemente el tema más difícil y controvertido de las propuestas del grupo de trabajo y otros autores sea el intento de estructurar la presentación de las partes en un documento de base digital. La idea ya se ha discutido varias veces con diferentes variantes. En gran medida, el grupo de trabajo propone un documento básico electrónico común en el que el demandante, el demandado y el tribunal presentan conjuntamente todas las presentaciones relacionadas con el contenido sobre los hechos y la situación jurídica. Los hechos subyacentes de la vida (es decir, el tema de la disputa) deben presentarse en orden cronológico. Las presentaciones fácticas subsiguientes deben insertarse en el lugar correcto. Este documento conjunto está destinado a ser vinculante para las partes y el tribunal.

La idea de una mesa de relaciones conjunta y vinculante despierta su propia fascinación y sin duda aumentaría considerablemente la eficacia del proceso civil. Por otro lado, los peligros de tal enfoque son obvios. La estructura del documento básico inevitablemente tendría que ser configurada de antemano por la solicitud del demandante. Esto podría limitar las opciones de defensa del demandado. La pelea por el orden y el diseño del documento básico estructurado podría dar lugar a un intenso desacuerdo.

La oralidad, la intermediación y la esfera pública no estarían directamente bloqueadas al principio. El diseño de la audiencia oral o de la videoconferencia no debe afectar directamente a estas máximas. Sin embargo, los efectos de las notificaciones judiciales sobre el diseño del documento de base no deben restringir la neutralidad e independencia judicial. Eso es evidente y no es un problema nuevo en el contexto del § 139 ZPO. La máxima del principio dispositivo tampoco se ve afectada. La estructura en última instancia vinculante del documento básico podría conllevar el riesgo de que se restrinja la libertad de expresión de las partes, ya sea en términos de alcance o contenido. En esencia, existe el riesgo de violar el principio del Estado de Derecho (Art. 20 (3), 28 (1) GG) de protección legal efectiva y procedimientos justos, si el requisito de estructuración para el resultado del proceso pudiera tener un efecto perjudicial. También se podría violar la igualdad procesal de armas. En definitiva, el (inevitable) trabajo escrito de ambas partes y del tribunal sobre el documento básico electrónico podría reducir significativamente el discurso, la discusión jurídica y el enfoque personal. La idea de una audiencia y compartir opiniones, así como un proceso humano, podría sufrir limitaciones. Esto se ve compensado por una ganancia de eficiencia posiblemente enorme, una limitación considerable en el alcance de las presentaciones legales y, por lo tanto, un ahorro considerable de tiempo y mano de obra. La tabla de relaciones crea una mejor visión general, conduce a una minimización de errores y a un aumento del conocimiento.

Como resultado, sopesar las ventajas y desventajas exige cierto grado de precaución. La presentación de parte estructurada debe respetar el debido y justo proceso. Se requiere cierta protección del demandado contra las especificaciones estructurales del demandante. En mi opinión, esto significa que no se debe crear un documento básico común desde el inicio del proceso. Más bien, el demandante y el demandado deben presentar al tribunal sus peticiones diseñadas estructuralmente por separado. Luego, el tribunal debe fijar una fecha para la audien-

cia oral sobre los dos documentos (designación de estructura). En mi opinión, entonces sería tarea del tribunal (y no de las partes) crear un documento básico común y uniforme.

#### 4. Tráfico electrónico

Deben surgir pocas preocupaciones constitucionales y procesales en relación con las medidas individuales de comunicación jurídica electrónica. Porque la implementación técnica es el foco principal aquí. Esto se aplica en particular a los canales de transmisión segura ya establecidos del beA (§ 31a BRAO) y al buzón especial de abogados para bufetes de abogados (§ 31b BRAO) que se acaba de agregar, pero también al acuse de recibo electrónico previsto y al correo electrónico como el expediente judicial (§ 298a ZPO). Lo mismo debería aplicarse también al portal de justicia previsto y a la sala de noticias electrónica. Aquí, al igual que con Justice Cloud, se debe prestar especial atención a mantener el secreto para los abogados y jueces (Sección 43a (2) BRAO, Sección 43 DRiG). También se presta especial atención a la protección de datos, que no he discutido en detalle en mis consideraciones anteriores. En mi opinión, la propuesta de convertir el registro de la audiencia oral y la toma de pruebas en un protocolo textual asistido por computadora es particularmente bienvenida.

#### *IV. Conclusiones*

La descripción general de la situación legal en Alemania muestra que aún se requerirá mucha implementación técnica. Sin embargo, la pandemia ha acelerado significativamente las diversas ideas y planes que ya existían. Sin embargo, cabe señalar que los principios básicos de la ZPO han demostrado su valía. No obstaculizan la digitalización de los procesos civiles.