

Sociología crítica de la Justicia*

*Boaventura de Sousa Santos***

Resumen¹

La justicia y, más propiamente la función de las/os juezas/es, ha sido mecanizada y trivializada, al punto que se han perdido de vista otras funciones que no sean las eminentemente jurídicas, es decir, aquellas que están guiadas a resolver los conflictos que se ponen a su consideración. Boaventura propone una perspectiva integral y estratégica de la labor de hacer justicia, lo cual permite un marco conceptual adecuado para pensar y repensar las políticas de justicia, el rol socio-político de las/os operadores de justicia con un alcance frente a la globalización y la crisis política de los sistemas políticos de los Estados. Constructores teóricos como el “patrón de litigio”, la “pirámide del litigio” y el apropiamiento del esquema de la dependencia aparecen como mecanismos de análisis y de incidencia política para la emancipación.

Palabras clave

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos más intrigantes de la sociología política y de la ciencia política contemporánea es el reciente y siempre creciente protagonismo social y político de los jueces: un poco por toda Europa y por todo el continente americano, los tribunales, los jueces, el ministerio público, las investigaciones de la policía criminal y las sentencias judiciales aparecen en las primeras páginas de los periódicos, en los noticieros de televisión, y son un tema frecuente de las conversaciones entre los ciudadanos. ¿Se trata de un fenómeno nuevo o sólo de un fenómeno que, aunque viejo, recoge hoy una nueva atención pública? A lo largo del siglo xx y con altibajos en el tiempo, los jueces han sido polémicos y objeto de

* Este artículo corresponde al capítulo 3 del libro *Sociología Jurídica Crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Editorial Trotta/ILSA, 2009. pp 81 a128 y se reproduce en este libro con autorización expresa del autor.

** Pendiente

¹ Este capítulo y el capítulo 7 son complementarios. Aquí analizo los sistemas de justicia y en especial los tribunales en el marco de las sociedades nacionales. En el capítulo 7 analizo los tribunales y el sistema judicial en el marco de los procesos de globalización, los cuales tienen diferentes impactos en los distintos sistemas nacionales. Este texto ha servido de referencia teórica a los estudios que dirijo en la Universidad de Coimbra en el ámbito del Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa del Centro de Estudos Sociais (www.ces.uc.pt). así como a las investigaciones sociojurídicas que emprendí en otros países. Cf. Santos, 1996, Santos y García-Villegas (eds.), 2001, para el caso de Colombia, Santos y Trindade (eds.), 2003, para el caso de Mozambique. y Santos, 2007b, para el caso de Brasil.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

un fuerte escrutinio público. Basta recordar los tribunales de la República de Weimar después de la revolución alemana (1918) y sus criterios dobles en el castigo de la violencia política de las extremas derecha e izquierda; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el modo como intentó anular la legislación del *New Deal* de Roosevelt a comienzos de los años treinta; los tribunales italianos de finales de las décadas de los sesenta y setenta que, a través del «uso

alternativo del derecho», buscaron reforzar la garantía jurisdiccional de los derechos sociales.²; el Tribunal Supremo de Chile y el modo como intentó impedir el proceso de las nacionalizaciones llevado a cabo por Allende a comienzos de la década de los setenta.

Sin embargo, estos momentos de notoriedad se distinguen del protagonismo de épocas recientes en dos importantes aspectos. En primer lugar, en casi todas las situaciones del pasado los jueces se destacaron por su conservadurismo, por el trato discriminatorio de la agenda progresista o de los agentes políticos progresistas, por su incapacidad para seguir los procesos más innovadores de la transformación social, económica y política, muchas veces votados por la mayoría de la población. En segundo lugar, tales notorias intervenciones fueron, en general, esporádicas, en respuesta a acontecimientos políticos excepcionales, y en momentos de transformación social y política profunda y acelerada.

Por el contrario, el protagonismo de los jueces en tiempos más recientes, sin favorecer necesariamente agendas o fuerzas políticas conservadoras o progresistas tal como se presentan en el campo político, parece afirmarse en un entendimiento más amplio y más profundo del control de la legalidad, que a veces incluye un control de la constitucionalidad no sólo del derecho ordinario, como medio para fundamentar una garantía más osada de los derechos de los ciudadanos, sino también de las decisiones económicas que toman las diferentes autoridades. Los jueces deciden si determinada orientación económica es contraria a la constitución, y si consideran dejada sin efectos jurídicos, se genera un gasto fiscal inesperado. Lo anterior lleva al ejecutivo a acusar a los tribunales de usurpar su autonomía a la hora de determinar las políticas económicas.³

Por otro lado, aunque la notoriedad pública exista en casos que constituyen una fracción infinitesimal del trabajo judicial, es lo suficientemente recurrente para no parecer excepcional y para que, al contrario, parezca corresponder a un nuevo patrón de intervención judicial. Además, esta intervención, al contrario que las anteriores, ocurre más en el ámbito penal que en el civil, laboral o administrativo, y asume su rasgo específico al situar la criminalidad dentro de la responsabilidad política o, mejor, la irresponsabilidad

² Sense, *“Crisis istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia”*, Milano, editorial Feltrinelli, 1978.

³ Clavijo, *“Una propuesta restrictiva de la intervención de los jueces en la economía”*, 2001 y Kalmanovitz, *“Una visión de la necesidad de un control judicial de las decisiones económicas”* Uprimny, *“Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”*, 2006a.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

política. Esta intervención, a diferencia de las formas anteriores de intervención, se dirige poco a los usos del poder político y a las agendas políticas en que éste se ha convertido. Ahora se dirige a los abusos del poder y a los agentes políticos que los protagonizan.

Sin embargo, el nuevo protagonismo judicial comparte con el anterior una característica fundamental: se traduce en un enfrentamiento con la clase política y con otros órganos de poder soberano, en especial con el poder ejecutivo. Y por esto, tal como antes, ahora se habla de la judicialización de los conflictos políticos. Si bien es cierto que en el origen del Estado moderno el sector judicial es un poder político -órgano de soberanía-, sin embargo sólo se asume públicamente como poder político en la medida en que interfiere con otros poderes políticos. O sea, la política judicial, que es una característica matricial del Estado moderno, sólo se afirma como política del sector judicial cuando se enfrenta en su terreno con otras fuentes de poder político. De ahí que la *judicialización* de los conflictos políticos no pueda dejar de traducirse en la politización del sistema judicial.⁴

Como veremos más adelante, no es la primera vez que este fenómeno se presenta, pero ahora ocurre de un modo diferente y por razones diferentes. Siempre que se presenta este fenómeno se hacen tres preguntas sobre los jueces: acerca de su legitimidad, acerca de su capacidad y acerca de su independencia. La pregunta sobre la legitimidad sólo se hace en regímenes democráticos y se refiere a la formación de la voluntad de la mayoría por vía de la representación política obtenida electoralmente. Debido a que en la gran mayoría de los casos los magistrados no son elegidos, se cuestiona el contenido democrático de la intervención judicial, siempre que ésta interfiera con el poder legislativo o ejecutivo.

La pregunta acerca de la capacidad se dirige a los recursos de que dispone la justicia para llevar a cabo de forma eficaz la política judicial. La capacidad de los jueces se cuestiona por dos vías: por un lado, en un cuadro procesal fijo y con recursos humanos y de infraestructura relativamente inelásticos, cualquier aumento «exagerado» de la búsqueda de intervención judicial puede significar el bloqueo de la oferta y, en última instancia, redundar en la denegación de tutela judicial efectiva. Por otro lado, los jueces no disponen de medios propios para hacer ejecutar sus decisiones siempre que éstas, para producir efectos útiles, presupongan una participación activa de cualquier sector de la administración pública. En estos ámbitos, que son aquellos en los que la «politización de los litigios judiciales» ocurre con más frecuencia, la justicia está a merced de la buena voluntad de servicios que no están bajo su jurisdicción y, siempre que tal buena voluntad falla, repercute directa y negativamente en la propia eficacia de la protección judicial.

La pregunta sobre la independencia de los jueces está unida de manera íntima a las preguntas acerca de la legitimidad y acerca de la capacidad. La independencia de los jueces es uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno, por lo que puede parecer extraño que sea objeto de cuestionamiento. Y en verdad, al contrario de lo que sucede con la pregunta sobre la legitimidad, el cuestionamiento de la independencia tiende a ser reivindicado por el propio poder judicial siempre que se ve enfrentado a medidas del poder

⁴ Cf., Hirschl R, “*The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*”, *Towards Juristocracy*, Cambridge: Harvard UP, 2004

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

legislativo o ejecutivo que considera atentatorias contra su independencia.

La pregunta sobre la independencia surge así en dos contextos. En primer lugar, en el de la legitimidad, siempre que el cuestionamiento de ésta lleve al legislativo o al ejecutivo a tomar medidas que el poder judicial entiende como mitigadoras de su independencia. Además, surge también en el contexto de la capacidad, siempre que el poder judicial, al carecer de autonomía financiera y administrativa, acaba dependiendo de los otros poderes para obtener los recursos que considera adecuados para el buen desempeño de sus funciones.

Las preguntas sobre la legitimidad, sobre la capacidad y sobre la independencia, alcanzan, como hemos visto, mayor agudeza en momentos en que los jueces adquieren mayor protagonismo social y político.

Este hecho tiene un importante significado, tanto por lo que muestra como por lo que oculta. En primer lugar, tal protagonismo es producto de un conjunto de factores que evolucionan históricamente, por lo que se hace necesaria una visión histórica de la función y el poder judiciales en los últimos ciento cincuenta años a fin de poder contextualizar mejor la situación presente. En segundo lugar, las intervenciones judiciales que son responsables de la notoriedad judicial en cierto momento histórico constituyen una fracción ínfima del desempeño judicial, por lo cual un enfoque exclusivo en los grandes asuntos puede ocultar o dejar poco analizado el desempeño que en la práctica cotidiana de los jueces ocupa la gran mayoría de los recursos y del trabajo judicial. Últimamente, el debate se ha centrado entre una justicia protagonista que corresponde a las decisiones de los altos tribunales y una justicia rutinaria que se dedica a los casos más comunes. En este último caso, su desempeño es defectuoso, pues muchas veces está amenazada por la delincuencia organizada, en el caso de países con problemas crónicos de violencia, o no cuenta con los recursos necesarios para hacer su trabajo adecuadamente, lo que se refleja, por ejemplo, en la escasa capacidad del juez para ordenar la práctica de pruebas. La consecuencia de esto es que los casos no se resuelven de la manera más adecuada sino sólo de la forma posible, es decir, con los elementos de juicio que las partes aporten al proceso. El resultado es que el poderoso vencerá, ya que tiene más posibilidades de convencer al juez que la parte más débil.⁵

En tercer lugar, el desempeño de los jueces en un determinado país o momento histórico concreto, bien sea un desempeño notorio o rutinario, no depende sólo de factores políticos, como las preguntas sobre la legitimidad, sobre la capacidad y sobre la independencia parecen hacer creer. Depende de modo decisivo de otros factores y en especial de los tres siguientes: del nivel de desarrollo del país y, por lo tanto, de la posición que éste ocupa en el sistema y la economía mundial; de la cultura jurídica dominante en términos de los grandes sistemas o familias del derecho en que los comparatistas acostumbran a dividir el mundo; del proceso político por medio del cual esa cultura jurídica se ha instalado y se ha desarrollado (desarrollo orgánico, adopción voluntaria de modelos externos, colonización, etcétera).

Un análisis sociológico del sistema judicial no puede dejar entonces de abordar las cuestiones de la periodicidad, del desempeño judicial de rutina o de masa y de los factores

⁵ Una caracterización aparece en Uprimny, 2006; con otra perspectiva, Islam, 2003

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

sociales, económicos, políticos y culturales que condicionan de manera histórica el ámbito y la naturaleza de la *judicialización* del conflicto inter-individual y social en un determinado país o momento histórico.

2. LOS JUECES y EL ESTADO MODERNO

Los jueces son uno de los pilares fundadores del Estado constitucional moderno, un órgano de soberanía a la par con los poderes legislativo y ejecutivo. Sin embargo, el significado socio político de esta postura constitucional ha evolucionado en los últimos ciento cincuenta o doscientos años. Esta evolución tiene algunos puntos en común en los distintos países, no sólo porque los Estados nacionales comparten el mismo sistema interestatal, sino también porque las transformaciones políticas son condicionadas en parte por el desarrollo económico, lo cual sucede a nivel mundial en el ámbito de la economía mundo capitalista implantada desde el siglo xv. Pero, por otro lado, estas mismas razones sugieren que la evolución varía de forma significativa de Estado a Estado, de acuerdo con la posición de éste en el sistema interestatal y de la sociedad nacional respecto al sistema de la economía mundo.

Por esta razón, la periodicidad de la postura sociopolítica de los jueces que expongo a continuación tiene sobre todo presente la evolución en los países centrales más desarrollados del sistema mundo. La evolución del sistema judicial en países periféricos y semiperiféricos (como Portugal, Brasil, Colombia, etc.) se rige por parámetros relativamente diferentes. Como es comprensible, a la luz de lo que se dijo antes, esta evolución comporta algunas variaciones en función de la cultura jurídica dominante (tradición jurídica europea continental, anglosajona, etc.), pero tales variaciones son poco relevantes para los propósitos analíticos de este trabajo.

Distingo tres grandes periodos en el significado sociopolítico de la función judicial en las sociedades modernas: el periodo del Estado liberal, el del Estado del bienestar y el periodo actual, que, con poco rigor, podemos designar como periodo de la crisis del Estado del bienestar.

1. El periodo del Estado liberal

Este periodo cubre todo el siglo XIX y se prolonga hasta la primera Guerra Mundial. El fin de la primera Guerra Mundial marca la aparición de una nueva política del Estado, la cual, sin embargo, en el ámbito de la función y del poder judicial, conoce poco desarrollo, por lo que el periodo entre las dos guerras es, en este sentido, un tiempo de transición entre el primer y segundo periodo. En vista de esto, el primer periodo es en particular importante, debido a su larga duración histórica, para la consolidación del modelo judicial moderno. Este modelo se manifiesta en las siguientes ideas:

1. La teoría de la separación de los poderes conforma la organización del poder político de tal manera que, por su parte, el poder legislativo asume un claro predominio sobre los demás, mientras el poder judicial es, en la práctica, neutralizado políticamente.⁶

⁶ Sobre la neutralización política del poder judicial en el Estado liberal, d., en especial: Ferraz Jr., 1994; Lopes,(SIC), 1994, y Campilongo, 1994 y 2000b.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

2. La neutralización política del poder judicial se obtiene a través del principio de legalidad, es decir, de la prohibición de que los jueces decidan *contra legem*, y del principio, conexo con el primero, de subsunción racional-formal, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, está desprovista de referencias sociales, éticas o políticas. Así, los jueces se mueven en un marco jurídico-político preconstituido, frente al cual sólo les compete garantizar en concreto su vigencia. Por esta razón, el poder de los jueces es retroactivo o se acciona de forma retroactiva, es decir, con el objetivo de reconstituir una realidad normativa plenamente constituida. Por la misma razón, los jueces garantizan que el monopolio estatal de la violencia sea ejercido con legitimidad.

3. Además de retrospectivo, el poder judicial es reactivo, es decir, sólo actúa cuando es instado por las partes o por otros sectores del Estado. La disponibilidad de los jueces para resolver litigios es, de esta manera, abstracta y sólo se convierte en una oferta concreta de solución de litigios en la medida en que haya una demanda social efectiva. Los jueces no deben hacer nada para influir en el tipo y en el nivel concreto de la demanda.

4. Los litigios de que se ocupan los jueces son individualizados en un doble sentido: tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica y suceden entre individuos. Por otro lado, la decisión judicial sobre un litigio sólo es válida para el caso en concreto al cual se aplica.

5. En la solución de los litigios se da total prioridad al principio de la seguridad jurídica, fundada en la generalidad y universalidad de la ley y en la aplicación, idealmente automática, que ella hace posible. La inseguridad sustantiva de futuro resulta de esta manera perfilada tanto por la seguridad procesal del presente (observancia de las reglas del proceso) como por la seguridad procesal del futuro (el principio del caso juzgado o de la cosa juzgada).

6. La independencia de los jueces reside en el hecho de estar total y exclusivamente sometidos al imperio de la ley. Concebida así, la independencia de los jueces es una garantía eficaz de protección de la libertad, entendida como vínculo negativo, es decir, como prerrogativa de no interferencia. La independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa de los jueces ante los poderes legislativo y ejecutivo.

Esta caracterización de los jueces en el periodo liberal revela su poco peso político, como rama del poder público, respecto de los poderes legislativo y ejecutivo. Éstas son las manifestaciones principales del carácter subordinado de la política judicial. Este periodo atestigua el desarrollo vertiginoso de la economía capitalista luego de la revolución industrial y, con él, acontecimientos como traslados masivos de personas, el agravamiento sin precedentes de las desigualdades sociales y la aparición de la llamada cuestión social (criminalidad, prostitución, vivienda miserable, insalubridad, etc.). Todo esto dio origen a una explosión del conflicto social de tan vastas proporciones que en relación con ella se definieron las grandes divisiones políticas y sociales de la época. Ahora bien, los jueces quedaron casi totalmente al margen de este proceso, dado que su ámbito de función se

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

limitaba al microlitigio inter-individual, desligando de él el macrolitigio social.

Por la misma razón, los jueces quedaron al margen de las grandes luchas políticas acerca del modelo o patrón de justicia distributiva que se adoptaría en la nueva sociedad, la cual, de tanto romper con la sociedad anterior, parecía traer en su seno una nueva civilización con la exigencia de nuevos criterios de sociabilidad. Confinados como estaban a la administración de la justicia retributiva, tuvieron que aceptar como un dato los patrones de justicia distributiva adoptados por los otros poderes. Fue así como la justicia retributiva se transformó en una cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política. Además, siempre que de forma excepcional los patrones de justicia distributiva estuvieron sujetos al escrutinio judicial, los jueces se mostraron refractarios a la propia idea de justicia distributiva, privilegiando de manera sistemática las soluciones minimalistas.

Como sabemos, el Estado liberal, a pesar de haberse asumido como un Estado mínimo, contenía en sí mismo las potencialidades para ser un Estado máximo y la verdad es que desde temprano -mediados del siglo XIX en Inglaterra y Francia, años treinta del siglo xx en los Estados Unidos- comenzó a intervenir en la regulación social y económica, mucho más allá de los espacios del Estado gendarme.⁷

Siempre que esta regulación fue, por cualquier razón, objeto de litigio judicial, los jueces se inclinaron por interpretaciones restrictivas de la intervención del Estado.

Más allá de esto, la independencia de los jueces se afirmaba en tres dependencias férreas. En primer lugar, la dependencia estricta de la ley según el principio de la legalidad; en segundo lugar, la dependencia de la iniciativa, voluntad o capacidad de los ciudadanos para utilizar a los jueces, dado el carácter reactivo de su intervención; y, en tercer lugar, la dependencia presupuestaria en relación con los poderes legislativo y ejecutivo en la determinación de los recursos humanos y materiales considerados apropiados para el desempeño adecuado de la función judicial.

Podemos concluir que, en este periodo, su posición institucional predispuso a los jueces a una práctica judicial técnicamente exigente pero éticamente débil, inclinada a traducirse en rutinas y, en consecuencia, a desembocar en una justicia trivial. En estas condiciones, la independencia de los jueces representa el otro lado de su desarme político. Una vez neutralizados políticamente, los jueces independientes pasaron a ser un ingrediente esencial de la legitimidad política de los otros poderes, al garantizar que la producción legislativa de éstos llegara a los ciudadanos «sin distorsiones».⁸

2. El periodo del Estado del bienestar

⁷ Santos, "O social e o político na pós-modernidade", Pela mão de Alice, Porto, Afrontamento, pp. 103-118, 1994

⁸ Esto también explica que durante buena parte del siglo XIX la escuela de interpretación jurídica más importante fuera la exégesis. La exégesis decía que el derecho era claro, racional y sin lagunas. Por tanto, el juez no podía ni debía interpretado. Su deber era exclusivamente aplicar la ley tal cual había salido de los órganos de representación política (López, 2004).

López D. , *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Editorial Legis, 2004

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

Las condiciones político-jurídicas antes descritas comenzaron a alterarse, con diferentes ritmos en los distintos países, a finales del siglo XIX, pero sólo en el periodo de la segunda posguerra mundial se vio consolidada en los países centrales una nueva forma política del Estado: el Estado del bienestar. No cabe aquí analizar en detalle este Estado. Tan sólo estudiaremos su impacto en el ámbito sociopolítico de la justicia:

1. La teoría de la separación de poderes entra en crisis, sobre todo en vista de la preeminencia asumida por el poder ejecutivo. La gubernamentalización de la producción del derecho crea una nueva instrumentación jurídica que, a cada instante, entra en confrontación con el ámbito judicial clásico.⁹

2. La nueva instrumentación jurídica se traduce en sucesivas explosiones legislativas y, en consecuencia, en una sobrejuridicidad de la realidad social que pone fin a la coherencia y a la unidad del sistema jurídico. Surge un caos normativo que hace problemática la vigencia del principio de legalidad e imposible la aplicación de la subsunción lógica.

3. El Estado del bienestar se distingue por su fuerte componente promotor de bienestar, al lado del tradicional componente represivo. La consagración constitucional de los derechos sociales y económicos, tales como el derecho al trabajo y al salario justo, a la seguridad en el empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, etc., significa, entre otras cosas, la juridificación de la justicia distributiva. La protección jurídica de la libertad deja de ser un mero vínculo negativo para pasar a ser un vínculo positivo que sólo se concreta mediante servicios del Estado.

Se trata, en suma, de una libertad que, lejos de ejercerse contra el Estado, debe ser ejercida por éste. El Estado asume así la gestión de la tensión que él mismo crea, entre justicia social e igualdad formal, y de esa gestión están encargados, aunque de modo diferente, todos los órganos y poderes de Estado.

4. Al ser la proliferación de derechos, por lo menos en parte, una consecuencia de la emergencia en la sociedad de actores colectivos (organizaciones de trabajadores, por ejemplo), la distinción entre litigios individuales y colectivos se hace problemática en la medida en que los intereses individuales aparecen de una u otra forma articulados con intereses colectivos.

Esta descripción sugiere de por sí que el significado sociopolítico de los jueces en este periodo es muy diferente del que de tentaban en el primer periodo. En primer lugar, la juridificación del bienestar social abrió el camino hacia nuevos campos de litigio en los dominios laboral, civil, administrativo y de la seguridad social, lo que en unos países más que en otros se tradujo en el aumento exponencial de la demanda judicial y en la acostumbrada explosión de litigiosidad.

Las respuestas que se dieron a este fenómeno variaron de país a país pero incluyeron casi siempre algunas de las siguientes reformas:

⁹ (Ferraz Jr., 1994: 18 ss.). Ferraz Jr, "O judiciário frente à divisão de poderes : Um princípio em decadência ", Revista USP, 1994 , pp. 12-21

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

Informalidad de la justicia; dotación de la administración de justicia en recursos humanos y en infraestructura, incluyendo la informatización y la automatización; creación de juzgados especiales para los pequeños litigios de masas tanto en materia civil como criminal; proliferación de mecanismos alternativos de solución de los litigios (mediación, negociación, arbitraje); varias reformas procesales (acciones de amparo, acciones populares, protección de intereses difusos, etcétera).¹⁰

La explosión del litigio dio una mayor visibilidad social y política a los jueces. Las dificultades que en general tuvo la oferta de protección judicial para responder al aumento de la demanda, agravaron seriamente el problema de la capacidad y de los temas relacionados con él como la eficacia, la eficiencia y el acceso al sistema judicial.

En segundo lugar, la distribución de las responsabilidades de promoción del Estado por todos sus poderes hizo que la justicia tuviera que encarar la gestión de su cuota de responsabilidad política.

A partir de ese momento estaba comprometida la simbiosis entre independencia de los jueces y neutralidad política, que caracterizó el primer periodo. En vez de simbiosis se produjo tensión, una tensión que potencialmente es un dilema.

En el momento en que la justicia social, bajo la forma de derechos, se enfrentó en el terreno judicial con la igualdad formal, entró en crisis la legitimidad procesal-formal en la que los jueces se habían apoyado en el primer periodo. La consagración constitucional de los derechos sociales volvió más compleja y más «política» la relación entre la constitución y el derecho ordinario y los jueces se vieron arrastrados al problema de las condiciones del ejercicio efectivo de esos derechos. En este sentido, los efectos extrajudiciales de la actuación de los jueces pasaron a ser el verdadero criterio de evaluación del desempeño judicial y, en esta medida, este desempeño dejó de ser exclusivamente retrospectivo para pasar a tener una dimensión prospectiva.

El dilema en que se vieron los jueces fue el siguiente: si continuaban aceptando la neutralidad política que provenía del periodo anterior, persistiendo en el mismo patrón de actuación clásico, reactivo, de microlitigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes y, con eso, podrían ser vistos por los ciudadanos como dependientes, de hecho, de los poderes ejecutivo y legislativo. Por el contrario, si aceptaban su parte de cuota de responsabilidad política en la actuación de promoción del Estado en especial a través de una vinculación más estrecha del derecho ordinario a la constitución, para garantizar una protección más eficaz de los derechos de la ciudadanía- corrían el riesgo de entrar en competencia con los otros poderes y de comenzar, como poder más débil, a sufrir las presiones del control externo, ya fuera por

¹⁰ Sobre este tema, cf. Santos, 1994, pp. 141-161, y la bibliografía allí citada, publicado en castellano en Santos, 1998d.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

parte del poder ejecutivo, ya por parte del poder legislativo, presiones ejercidas típicamente por una de estas tres vías: nombramientos de los jueces para los tribunales superiores, control de los órganos del poder judicial y gestión presupuestaria.

La independencia de los jueces sólo se convirtió en una verdadera e importante cuestión política cuando el sistema judicial, o algunos de sus sectores, decidió optar por la segunda alternativa. La opción por una u otra alternativa fue el resultado de muchos factores que difieren de un país a otro. En algunos casos la opción fue clara e inequívoca mientras que en otros se transformó en un objeto de lucha en el interior del poder judicial.

Sin embargo, puede afirmarse, en términos generales, que la opción por la segunda alternativa y por la consecuente politización del sistema de garantías judiciales ocurrió con mayor probabilidad en países donde los movimientos sociales por la conquista de los derechos eran más fuertes, ya fuera en términos de implantación social, ya en términos de eficacia en la conducción de la agenda política. Por ejemplo, en los años sesenta del siglo pasado los movimientos sociales por los derechos cívicos y políticos en los Estados Unidos tuvieron un papel decisivo en la judicialización de los litigios colectivos en el dominio de la discriminación racial y del derecho a la vivienda, a la educación y a la seguridad social.

A comienzos de la década de los setenta del siglo xx, en un contexto de fuerte movilización social y política, que además atravesó el propio sistema judicial, Italia fue escenario de una lucha por las alternativas en el interior del propio poder judicial. Los sectores más progresistas, vinculados a la *Magistratura Democratica*, protagonizaron, a través del movimiento por el uso alternativo del derecho, la confrontación de la contradicción entre igualdad formal y justicia social. En otros países las opciones fueron menos claras y las luchas menos reñidas, variando mucho su significado político. Por ejemplo, en los países escandinavos la corresponsabilidad política de los tribunales fue un problema menos agudo, dado el alto desempeño promotor de otros poderes del Estado del bienestar.

La pérdida de neutralidad política de los jueces, cuando tuvo lugar, tomó varias formas. Asumir la contradicción entre igualdad formal y justicia social significó que, en litigios interindividuales en los que las partes estaban en condiciones sociales muy desiguales (patrones/obreros, propietarios/inquilinos), la solución jurídico- formal del litigio dejó de ser un factor de seguridad jurídica para pasar a ser un factor de inseguridad jurídica. Para obviar tal efecto fue necesario profundizar el vínculo entre la constitución y el derecho ordinario por medio del cual se legitimaron decisiones *praeter legem* o incluso *contra legem*, en lugar de las decisiones restrictivas, típicas del periodo anterior. El mismo imperativo llevó a los jueces a adoptar posiciones más activas que contrastan con las posiciones reactivas del periodo anterior en materia de acceso al derecho y en el ámbito de la legitimidad procesal para solicitar la protección de intereses colectivos y difusos.

El enfoque privilegiado en los efectos extrajudiciales de la decisión, en detrimento de la corrección lógico-formal, contribuyó a dar una mayor visibilidad social en los medios de comunicación a los jueces, potenciada también por la colectivización del litigio. Allado de las decisiones que afectaban a unos pocos individuos, hubo decisiones que afectaban a grupos sociales vulnerables, tales como los trabajadores, las mujeres, las minorías étnicas, los inmigrantes, los niños en edad escolar, los viejos que necesitan cuidados o los enfermos

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

pobres que necesitan atención médica, los consumidores, los inquilinos, etc. En esta medida, el desempeño judicial pasó a tener una importancia social y un impacto en los medios de comunicación que naturalmente lo convirtió en un objeto de controversia pública y política. La controversia siguió el patrón de las tres cuestiones señaladas más arriba: la legitimidad, la capacidad y la independencia.

3. El periodo de la crisis del Estado del bienestar

A partir de finales de la década de los sesenta del siglo pasado y principios de la década de los ochenta, en los países centrales comenzaron las primeras manifestaciones de la crisis del Estado del bienestar, la cual se habría de prolongar por toda la década de los ochenta hasta nuestros días.

Las manifestaciones de esta crisis son conocidas: incapacidad financiera del Estado para atender los gastos siempre crecientes de la beneficencia estatal, teniendo en cuenta la conocida paradoja según la cual ésta es más necesaria cuando peores son las condiciones de financiación (por ejemplo, cuanto mayor es el desempleo, menores son los recursos para financiada, ya que los desempleados dejan de contribuir); la creación de una enorme burocracia que acumula un peso político propio que le permite funcionar con elevados niveles de despilfarro e ineficiencia; la clientelización y normalización de los ciudadanos, cuyas opciones de vida (de actividad y de movimientos) quedan sujetas al control y a la supervisión de agencias burocráticas despersonalizadas.

También contribuyeron a que se ahondara la crisis del Estado del bienestar las alteraciones en los sistemas productivos y en la regulación del trabajo posible debido a las sucesivas revoluciones tecnológicas; la difusión del modelo neoliberal y de su credo desregulador a partir de la década de los ochenta; la siempre creciente preeminencia de las agencias financieras internacionales (Banco Mundial, FMI) y la globalización de la economía.

Hoyes discutible el grado y la duración de esta crisis, así como su reversibilidad o irreversibilidad, y aún más, en este último caso, la forma de Estado que sucederá al Estado del bienestar. Tal discusión no nos interesa aquí. Nos interesa sólo evaluar el impacto de la crisis del Estado del bienestar de los países centrales en las dos últimas décadas, en el sistema jurídico, en la actividad de los jueces y en el significado sociopolítico del poder judicial:

1. La sobrejuridización de las prácticas sociales que venía del periodo anterior continuó acentuando la pérdida de coherencia y de unión del sistema jurídico. Pero sus causas son ahora parcialmente diferentes y dos de ellas merecen una mención especial. En primer lugar, la llamada desregulación de la economía.¹¹

¹¹ El tema de la desregulación ha sido discutido ampliamente en la literatura económica y jurídica de la última década. Se discute su amplitud, sus efectos, las ventajas y las desventajas; también, y cada vez más, hasta qué punto estaremos ante una verdadera desregulación. Sobe (SIC) esta cuestión d., entre muchos otros, Santos, Gonçalves y Marques, 1995, pp. 73-74; Francis, 1993, p. 33; Dehousse, 1992; Ariño, 1993, p. 259; Button y Swann, 1989. Desde 1997 el Banco Mundial viene revisando algunos aspectos más fundamentalistas de su

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

A medida que se fue imponiendo el modelo neo liberal, fue ganando importancia en la agenda política la idea de la desvinculación del Estado como regulador de la economía. Hablamos de *idea* en la medida en que la práctica es bastante contradictoria. Es cierto que se han visto formas inequívocas de desvinculación como, por ejemplo, en los casos en que el sector empresarial del Estado fue total o parcialmente privatizado. También se produjo la desregulación de algunos aspectos del funcionamiento del mercado como la fijación de los precios y las relaciones de trabajo.¹² Pero el proceso de desregulación es contradictorio en la medida en que se llevó a cabo en algunas áreas paralelamente con el aumento de la reglamentación en otras. En la gran mayoría de los casos, la desregulación fue sólo parcial. Paradójicamente, después de décadas de regulación, la desregulación sólo puede hacerse mediante una producción legislativa específica y, a veces, bastante elaborada. O sea, la desregulación significa, en cierto sentido, una reglamentación y por eso una sobrecarga legislativa adicional.

Pero la contradicción de este proceso reside también en el hecho de que el desmantelamiento de la regulación nacional de la economía coexiste, y de hecho está integrada, con nuevos procesos de regulación que se producen a nivel internacional y transnacional.¹³ Esto nos conduce al segundo factor nuevo en la producción de la inflación legislativa en el tercer periodo. Se trata de la globalización de la economía. Este fenómeno, que a pesar de no ser nuevo asume hoy proporciones sin precedentes, ha dado oportunidad a que aparezca un nuevo derecho transnacional, el derecho de los contratos internacionales, la llamada nueva *[ex mercatoria]*, que da una dimensión más al caos normativo en la medida en que coexiste con el derecho nacional aunque a veces esté en contradicción con él. Surge, por esta vía, un nuevo pluralismo jurídico de naturaleza transnacional que simultáneamente es causa y consecuencia de la erosión de la soberanía del Estado nacional que transcurre en este periodo.¹⁴ La erosión de la soberanía del Estado trae consigo, en las áreas en que se produce, la erosión del protagonismo del poder judicial dentro de la garantía de control de la legalidad.

2. Si la desregulación de la economía puede crear por sí misma alguna litigación judicial, eso mismo ya no tiene por qué darse con la globalización de la economía. Por el contrario, la solución de litigios que surgen en las transacciones económicas internacionales rara vez se hace ante los jueces, ya que la *lex mercatoria* privilegia a este efecto otra instancia, el arbitraje internacional. Se puede afirmar, en general, que en los países centrales el aumento drástico del litigio que se dio en el periodo anterior tuvo una cierta tendencia a la estabilidad, a lo que contribuyeron varios factores. En primer lugar, los mecanismos alternativos de solución de los litigios desviaron de los juzgados algún tipo de litigio aunque esté en debate hasta qué punto lo lograron. En segundo lugar, la respuesta de

política de desregulación. Al respecto, véase el *World Development Report* de 1997: «The State in a Changing World».

¹² Santos, Gonçalves y Marques, 1995, pp. 191-194 y p. 454.

¹³ Cfr., Scherer F. M., *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Washington DC, editorial *The Brookings Institution*, 1994.

¹⁴ Santos, *El pluralismo jurídico es analizado en detalle supra* en el capítulo 2; véase también *infra* el capítulo 6, 1995, pp. 250-337

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

los jueces al aumento de la demanda de protección acabó por moderar esa misma demanda, en la medida en que los costes y los atrasos de actuación de los jueces hicieron la vía judicial menos atractiva.

Los estudios realizados sobre la explosión de la litigiosidad obligaron a revisar algunas de las ideas sobre el acceso a la justicia.¹⁵ Por un lado, las medidas más innovadoras para incrementar el acceso de las clases más bajas fueron eliminadas por razones políticas o presupuestarias. Por otro lado, se cuestiona el ámbito de la protección judicial, pues muchas veces, a pesar de su ampliación, los jueces continuaron siendo selectivos en la eficiencia con que respondieron a la demanda de protección judicial.¹⁶

En unos países más que en otros el desempeño judicial continuó concentrándose en las mismas áreas de siempre. Además de eso, el aumento del litigio agravó la tendencia que consiste en evaluar el desempeño de los jueces en términos de productividad cuantitativa.

Esta tendencia hizo que la masificación del litigio diera origen a una judicialización rutinaria de los jueces, que evitaban sistemáticamente los procesos y los ámbitos jurídicos que obligaban al estudio o a las decisiones más complejas, innovadoras o controvertidas.¹⁷ Por último, hubo necesidad de averiguar en qué medida el aumento del litigio era resultado de la apertura del sistema jurídico a nuevos litigantes o era en cambio el resultado del uso más intensivo y recurrente de la vía judicial por parte de los mismos litigantes, los llamados *repeat players*.¹⁸

3. Sin embargo, en el tercer periodo el litigio en el ámbito civil sufre una alteración significativa. La aparición en este periodo, sobre todo en el área económica, de una legalidad negociada asentada en normas programáticas, contratos-programa, cláusulas generales, conceptos indeterminados, originó la aparición de litigios muy complejos, que movilizan conocimientos técnicos sofisticados tanto en el ámbito del derecho como en el de la economía, la ciencia y la tecnología.¹⁹ La poca preparación de los magistrados, combinada

¹⁵ Cfr., Trubek *et al.*, "Informe final de la investigación sobre el litigio civil en los Estados Unidos", *Civil Litigation Research Project Final Report (parts A,B,C)*, Madison, University of Wisconsin – Madison Law School, 1983.

¹⁶ Santos y García Villegas (eds.), *En los países semiperiféricos el desarrollo ha sido similar*, 2001, y Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006.

¹⁷ Cfr., Faria, *Donde se puede leer un importante análisis de los desafíos del poder judicial en este ámbito*, 1994, p. 50.

¹⁸ Galanter M., "Why the Haves Come out Ahead: Speculations on the limits of Legal Change", *Law and Society Review*, 9 (1), 1974

¹⁹ Sobre el orden jurídico de la economía, d. Santos, Gonçalves y Marques, 1995: 15-16. Ahí se da cuenta de la ampliación de las fuentes tradicionales del derecho, de su relativa privatización por efecto de la importancia creciente de las fuentes de origen privado (como los códigos de conducta), o por la negociación en torno a la producción de las fuentes públicas y del declive de la coercibilidad, que se refleja en diversos aspectos, como son el predominio de las normas de contenido positivo sobre las de contenido negativo, la disminución de los efectos de la nulidad de los negocios, etc. Sobre el mismo fenómeno d. también Sayag e Hilaire (eds.), 1984; Salah, 1985; Farjat, 1986; Pirovano, 1988, y Martin, 1991. Sobre la movilización del conocimiento científico y técnico en

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

con su tendencia a refugiarse en la rutina y en la productividad cuantitativa, hizo que la oferta jurídica fuera muy deficiente en estos litigios, lo que de alguna manera contribuyó a la erosión de la legitimidad de los jueces como mecanismos de solución de conflictos.

Paralelamente a la crisis del Estado del bienestar, en este periodo se agravan las desigualdades sociales. Este fenómeno, junto con la relativa rigidez de los derechos sociales y económicos, rigidez que resulta de que son derechos y no ejercicios de benevolencia, por lo que existen y pueden ser ejercidos de manera independiente de las vicisitudes del ciclo económico, debería, en principio, suscitar un aumento dramático del litigio. La verdad es que esto no sucedió, y en algunas áreas como, por ejemplo, en el dominio de los derechos laborales, el litigio disminuyó en muchos países. Contribuyó a esto un cierto debilitamiento de los movimientos sociales (en especial los sindicatos), que en el periodo anterior habían sostenido políticamente la judicialización de los derechos de la segunda generación, los derechos económicos y sociales.

Sin embargo, en este periodo surgen nuevas áreas de litigio vinculadas a los derechos de la tercera generación, en especial en el área de protección ambiental y de protección de los consumidores. Estas áreas, para las cuales los jueces tienen poca preparación técnica, están integradas en la actividad judicial en la medida en que existen movimientos sociales capaces de movilizar a los jueces, directa o indirectamente, a través de la integración de los nuevos temas en la agenda política o a través de la creación de una opinión pública a su favor.

4. Este periodo se caracteriza políticamente no sólo por la crisis del Estado del bienestar, sino también por la crisis de la representación política (crisis del sistema partidista, crisis de la participación política). Esta última crisis tiene muchas dimensiones, pero una de ellas sitúa directamente a los jueces ante su función de control social. Se trata del aumento de la corrupción política. Una de las grandes consecuencias del Estado regulador y del Estado del bienestar fue que las decisiones del Estado pasaron a tener un contenido económico y financiero que no tenían antes. La regulación de la economía, la intervención del Estado en la creación de infraestructuras (carreteras, sanidad básica, electrificación, transportes públicos) y la concesión de los derechos económicos y sociales se saldaron con una enorme expansión de la administración pública y del presupuesto social y económico del Estado.

Específicamente, los derechos sociales tales como el derecho al trabajo y al subsidio de desempleo, a la educación, salud y vivienda social, incluyeron la creación de gigantescos servicios públicos, una legión de funcionarios y una infinidad de concursos públicos y de contrataciones, contratos y suministros que incluyeron abultadísimas cuantías de dinero. Tales concursos y contrataciones crearon las condiciones para la promiscuidad entre el poder económico y el político. La debilidad de las referencias éticas en el ejercicio del poder político, combinada con las deficiencias del control del poder por parte de los ciudadanos, permitió que esa promiscuidad redundara en un aumento dramático de la corrupción.

Creadas las condiciones para la corrupción, ésta es susceptible de extenderse cada vez más

determinadas ramas del derecho (por ejemplo, el derecho del ambiente o de la información), d. Santos, Gonçalves y Marques, 1995, p. 522, y Gonçalves, 1994.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

rápidamente en las sociedades democráticas, debido a tres razones principales. En primer lugar, en estas sociedades la clase política es más amplia porque es menor la concentración de poder y, en esta medida, siendo más numerosos los agentes políticos, son más numerosas las relaciones entre ellos y los agentes económicos y, por eso, son mayores las probabilidades y oportunidades para que se presente la corrupción. Tal presencia es tanto más posible cuanto más larga es la permanencia en el poder del mismo partido o grupo de partidos. Fue así en Italia y durante bastante tiempo en Japón y durante los ochenta en España, en Inglaterra y en Portugal.

En segundo lugar, la comunicación social en las sociedades democráticas es un auxiliar precioso en la investigación de la gran criminalidad política y lo es más cuanto menos activa es la investigación por parte de los órganos competentes del Estado. En tercer lugar, la competencia por el poder político entre los diferentes partidos y grupos de presión crea divisiones que pueden dar origen a denuncias recíprocas, sobre todo cuando las relaciones con el poder económico son decisivas para avanzar en la carrera política, o cuando, por diferentes razones, tales relaciones se vuelven conflictivas.

La corrupción es, junto con el crimen organizado vinculado sobre todo al tráfico de drogas y al blanqueo de dinero, la gran criminalidad de este tercer periodo y pone a los jueces en el centro de un problema complejo de control social. En el segundo periodo la explosión del litigio se dio sobre todo en el ámbito civil y allí se puso en evidencia la visibilidad social y política de los jueces. En el periodo actual la visibilidad, sin dejar de existir en el ámbito civil, se traslada de algún modo hacia el ámbito penal.

El análisis de los jueces en el ámbito penal es más complejo no sólo porque aquí coexisten dos magistraturas, sino también porque el desempeño judicial depende de las políticas de investigación. En la mayor parte de los países centrales.²⁰ El aumento del litigio civil en el periodo del Estado del bienestar se produjo junto con el aumento de la criminalidad, y ésta no cesó de aumentar en el periodo actual. Así como en el litigio civil la masificación suscita la rutina y la productividad cuantitativa, en el ámbito judicial penal el aumento de la criminalidad pone de manifiesto los estereotipos que anteceden a la rutinización del control social por parte de los jueces y a la selectividad de la actuación que ocurre por medio de ella.

Este fenómeno se presenta en varios procesos: en la creación de perfiles estereotipados de los crímenes más frecuentes, de criminales reincidentes y de factores criminales más importantes; en la creación, de acuerdo con tales perfiles, de especializaciones y de rutinas de investigación por parte de las policías y del Ministerio Público, siendo también los éxitos en estos tipos de investigación los que determinan las promociones en las carreras; en la

²⁰ Sobre la "garantía judicial" de los derechos en los países semiperiféricos (en este caso, Colombia), cf. Palacio, 1989; Santos y García-Villegas (eds.), 2001; Arango, 2005, y García-Villegas, Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006. Cf. también León, 1989, una importante colección de textos en Bergalli y Mari (eds.), 1989, y también Bergalli, 1990. Sobre la separación entre el dinamismo de las transformaciones sociales y la rigidez del sistema judicial en España, cf. Toharia, 1974. Un análisis más reciente se encuentra en Andrés Ibáñez, 1989. Sobre el caso brasileño, d. la excelente antología de textos en «Dossier Judicial», número especial de la *Revista USP* 21 (1994), coordinado por Sergio Adorno.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

creación de infraestructuras humanas, técnicas y materiales orientadas hacia la lucha contra el crimen que se integra con el perfil dominante, en la aversión, minimización o distanciamiento en relación con los crímenes que sobrepasan ese perfil, ya por el tipo de crimen o por el tipo de criminal, ya aun por los factores que pueden haber estado en el origen del crimen.

Este estereotipo determina la selectividad y los límites de la preparación técnica del desempeño judicial en su conjunto y en el ámbito del control social. La corrupción es uno de los crímenes que sobrepasa los estereotipos dominantes, bien sea por el tipo de crimen o por el tipo de criminal, o bien sea aun por el tipo de factores que pueden estar en el origen del crimen. Por eso, en un contexto de aumento de la corrupción se plantea de inmediato la cuestión de la preparación técnica del sistema judicial y de la investigación para combatir este tipo de criminalidad. La falta de preparación técnica provoca, de por sí, la reticencia a ocuparse de la corrupción y en última instancia su minimización. Pero esta posición se encuentra agravada, en este caso, por otro factor igualmente importante: la falta de voluntad política para investigar y juzgar los crímenes en los que están implicados miembros de la clase política, individuos y organizaciones con mucho poder social y político.

La voluntad política y la capacidad técnica en la lucha contra la corrupción son los vectores más decisivos de neutralidad o falta de neutralidad política de los jueces en el tercer periodo. Son ellos los que determinan los términos en los que se traba la lucha política alrededor de la independencia de la justicia. Esto no quiere decir que los temas vinculados con la constitucionalidad del derecho ordinario y el refuerzo de la garantía de protección judicial de los derechos no continúen siendo importantes en las vicisitudes políticas propias de la independencia. Sólo que, en el tercer periodo, los argumentos más decisivos en pro y en contra de la independencia se juegan en el campo de combate contra la corrupción, y es también aquí donde se discuten con más agudeza las otras dos cuestiones que atraviesan el poder judicial desde el primer periodo: la de la legitimidad y la de la capacidad.

En el segundo periodo la politización de la independencia de los jueces venía dada por el hecho de que asumían una posición respecto a las políticas públicas adoptadas por el ejecutivo y el legislativo por referencia a la constitución. En este sentido se responsabilizaban por el cumplimiento de las políticas definidas constitucionalmente. En el tercer periodo la politización de la independencia de los jueces proviene sobre todo del combate contra la corrupción y por eso ya no se enfrenta tanto a la consonancia o disonancia de la agenda política respecto de la constitución. Se enfrenta más directamente a los propios agentes políticos y a los abusos de poder de los que ellos son responsables. El enfrentamiento con los otros poderes es más directo y más amenazador para sus titulares. Por esta razón la cuestión de la independencia se confunde frecuentemente en este periodo con la de la legitimidad.

El aumento de la corrupción es sólo uno de los síntomas de la crisis de la democracia como sistema de representación política. La lucha contra la corrupción pone de nuevo al sistema judicial ante una situación casi de dilema: si omite una actuación agresiva en este ámbito, garantiza la conservación de la independencia, sobre todo en sus dimensiones corporativas, pero con eso colabora, por omisión, a la degradación del sistema democrático que, en última instancia, garantiza la independencia efectiva. Si, por el contrario, asume una posición activa de combate contra la corrupción, tiene que contar con ataques demoledores

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

a su independencia por parte, sobre todo, del poder ejecutivo, al mismo tiempo que se pone en la contingencia de ver transferida hacia sí mismo la confianza de los ciudadanos en el sistema político y, por ser el único órgano de soberanía que no está elegido de manera directa, acaba por suscitar agudos interrogantes relativos a su legitimidad.

Esta situación de un cuasi dilema marca aún más el contraste entre dos concepciones de independencia de los jueces que surgieron ya en el periodo del Estado del bienestar. Por un lado, la independencia corporativa orientada hacia la defensa de los intereses y privilegios de clase de los jueces coexiste con un desempeño re activo, centrado en el microlitigio clásico y políticamente neutralizado. Por otro lado, la independencia democrática, que sin dejar de defender los intereses y los privilegios de clase de los jueces, los defiende como condición para que los juzgados asuman en concreto su parte de cuota de responsabilidad política en el sistema democrático a través de un desempeño más activo y políticamente controvertido. Estas dos concepciones y prácticas de independencia judicial presuponen dos maneras de entender el reparto y la legitimidad del poder político en el sistema democrático. Pero mientras en el segundo periodo los jueces, al optar entre una u otra, sólo condicionan el ejercicio más o menos avanzado de la convivencia democrática, en el tercer periodo la opción determina la propia supervivencia de la democracia. Mientras que en el segundo periodo estamos ante diferentes concepciones del uso del poder político, en el tercero estamos ante la diferencia entre el uso y el abuso del poder político.

No es sorprendente que los jueces, de un modo o de otro, sean llamados al centro del debate político y pasen a ser un ingrediente fundamental de la crisis de la representación política, bien sea porque contribuyen a ella, eximiéndose de su responsabilidad de combatir el abuso del poder, bien sea porque contribuyen a su solución, asumiendo esa responsabilidad. Además, esta responsabilidad puede asumirse con varios grados de intensidad. Hay que distinguir, por ejemplo, entre el combate puntual y el combate sistemático contra la corrupción. El combate puntual se afirma en la represión selectiva, incidiendo sobre algunos casos de corrupción escogidos por razones de política judicial: porque su investigación es particularmente fácil; porque contra ellos hay una opinión pública fuerte, la cual, si es defraudada por la ausencia de represión, profundiza la distancia entre los ciudadanos y la administración de justicia; porque siendo ejemplares tienen un elevado potencial de prevención y porque su represión tiene bajos costes políticos.

El combate puntual puede, por su naturaleza, servir para ocultar otro tipo de corrupción que quedaría por combatir, y en esa medida puede servir para legitimar un poder político o una clase política decadente. A su vez el combate sistemático, al ser un combate orientado más por criterios de ilegalidad que por criterios de oportunidad, puede volverse más o menos desgastador para el poder político y en casos extremos puede aún deslegitimarlo en su conjunto, como sucedió en Italia.

En estas condiciones, por una u otra vía, el poder judicial está fuertemente politizado en este periodo. La complejidad de este hecho está en que la legitimidad del poder político de los jueces se asienta en el carácter apolítico de su ejercicio. O sea, un poder globalmente político tiene que ejercerse de forma apolítica en cada caso concreto. Si en el segundo periodo la constitucionalidad del derecho ordinario tiende por fin a reforzar la efectividad de los derechos, en el tercer periodo la lucha contra la corrupción busca la eliminación de las inmunidades de hecho y de las impunidades en que éstas se traducen.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

El agravamiento de las desigualdades sociales en el tercer periodo mantiene viva y hasta refuerza la primera exigencia (efectividad de los derechos), pero ahora ésta no puede cumplirse si la segunda (la lucha contra la corrupción) no se cumple también. La garantía de los derechos de los ciudadanos presupone que la clase política y la administración pública cumplen sus deberes para con los ciudadanos. Esta articulación explica en parte la actuación del poder judicial en Italia en el ámbito de la operación «Manos Limpias».²¹ El activismo de una parte del sistema judicial italiano en defensa de los derechos económicos y sociales en el segundo periodo creó una cultura judicial intervencionista y políticamente frontal, cuyas energías fueron relativamente desviadas, en el tercer periodo, de la garantía de los derechos hacia la represión del abuso del poder político.²²

Si como dijimos antes el litigio civil técnicamente complejo vino a suscitar la pregunta sobre la preparación técnica de los magistrados y, en último análisis, la pregunta sobre el desajuste entre la formación profesional y el desempeño judicial socialmente exigido, el combate contra la gran criminalidad plantea tanto la pregunta sobre la preparación técnica como la pregunta sobre la voluntad política. Entre una y otra se interponen otras preguntas que no cesan de ganar importancia, tales como la formación profesional, la organización judicial, la organización del poder judicial, la cultura judicial dominante, los patrones y orientaciones políticas de asociación de los jueces.

Estas preguntas «internas» al sistema judicial no se abordan y se deciden en un vacío social. Por el contrario, la naturaleza de las divisiones en el seno de la clase política, la existencia o no de movimientos sociales y organizaciones cívicas con agendas de presión sobre el poder político, en general, y sobre el poder judicial, en especial, la existencia o no de una opinión pública informada por una comunicación social libre, competente y responsable, son todos ellos factores que interfieren en el modo como se abordan las preguntas mencionadas.

Dadas las diferencias que estos factores conocen de país a país no es sorprendente que las cuestiones judiciales sean tratadas también de forma diferente en uno u otro. Sin embargo, no deja de ser curioso que estas diferencias coexistan con algunas convergencias igualmente significativas, haciendo que la corrupción, su combate y la visión política de los jueces que de todo ello resulta, estén ocurriendo en varios países. El mismo juego de diferencias y de convergencias debe tomarse en cuenta cuando se analizan en varios países las dos dimensiones más innovadoras de la judicialización de la «cuestión social» en el periodo pos-Estado del bienestar: la judicialización de la protección del ambiente y de la protección de los consumidores.

3. LOS JUECES EN LOS PAÍSES PERIFÉRICOS y SEMIPERIFÉRICOS

El análisis anterior se centró en la experiencia y en la trayectoria histórica de los jueces en

²¹ Tijeras R., “La Revolución de los Jueces”, *De Falcone a Barbero: Una cruzada contra la corrupción política, el crimen internacional y la razón de Estado*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.

²² Pepino L. y Rossi N. (eds.), *Democrazia in Crisi e Senso della Giurisprudizione*, Milano, Franco Angeli 1993, y Rossi (ed.), *Giudici e Democrazia: La magistratura progresista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli, 1994.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

los países centrales, los más desarrollados del sistema mundo, y sólo trató de la evolución del significado sociopolítico de la función judicial en el conjunto de los poderes del Estado. Es necesario ampliar ahora el análisis.

El nivel de desarrollo económico y social afecta al desempeño de los jueces en dos sentidos fundamentales. Por un lado, el nivel de desarrollo condiciona el tipo y el grado de litigio social y, como consecuencia, el litigio judicial. Una sociedad rural, dominada por una economía de subsistencia, no genera el mismo tipo de litigios que una sociedad intensamente urbanizada y con una economía desarrollada. Por otro lado, aunque no se pueda establecer una correlación exacta entre desarrollo económico y político, los sistemas políticos en los países menos desarrollados o de desarrollo intermedio han sido en general muy inestables, con periodos más o menos largos de dictaduras, alternados con periodos más o menos cortos de democracia de baja intensidad. Este hecho no puede dejar de tener un fuerte impacto en la función judicial. Tal como ocurre en los países centrales, estos fenómenos interactúan de manera muy diferente de un país a otro, tanto entre los países menos desarrollados o periféricos, como entre los países de desarrollo intermedio. Dando por supuesto que el tipo y el grado del litigio se articulan con muchos otros factores más allá del desarrollo económico, los analizaré en el siguiente apartado, en el cual también serán considerados dichos factores.

Concentrémonos por el momento en la articulación entre la función judicial y el sistema político. Los tres periodos analizados en la parte anterior no se adecuan a las trayectorias históricas de los países periféricos y semiperiféricos.

Durante el periodo liberal muchos de estos países eran colonias y continuaron siendo colonias por mucho tiempo (los países africanos), y otros sólo entonces pudieron conquistar la independencia (los países latinoamericanos). Por otro lado, el Estado del bienestar es un fenómeno político exclusivo de los países centrales. Las sociedades periféricas y semiperiféricas se caracterizan en general por ofensivas desigualdades sociales, que casi no son mitigadas por los derechos sociales económicos, los cuales, o no existen, o tienen una aplicación muy deficiente. Incluso los propios derechos de primera generación, los derechos cívicos y políticos, tienen una vigencia precaria, que es fruto de la gran inestabilidad política que han vivido estos países, caracterizados por largos periodos de dictadura.

La precariedad de los derechos es la otra cara de la precariedad del régimen democrático, y por eso no sorprende que la pregunta sobre la independencia de los jueces sea considerada en estos países de un modo diferente a como se considera en los países centrales. En estos últimos los tres periodos corresponden a tres tipos de práctica democrática, y por lo tanto a variaciones de actuación política que ocurren en un contexto de estabilidad democrática. Esto no ocurre de ninguna manera en los países periféricos y semiperiféricos que vivieron en los últimos ciento cincuenta años largos periodos de dictadura.²³ Este hecho refuerza además la pertinencia de la distinción entre diferentes concepciones de la independencia de los jueces hecha en el apartado anterior. Como dije antes, la independencia de origen liberal dominante en el primer periodo se atribuye a los jueces en la exacta medida en que éstos son políticamente neutralizados por una red de dependencias de las que destacamos tres: el

²³ Aun así, la situación está lejos de ser lineal. Véase, por ejemplo, el caso de los derechos laborales en Brasil a partir de la época de Getúlio Vargas, analizado en un texto innovador de Paoli, 1994

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

principio de la legalidad que lleva a la subsunción lógico-formal limitada al microlitigio; el carácter reactivo de los jueces, que los vuelve dependientes de la demanda de los ciudadanos; y la dependencia presupuestaria y administrativa en relación con el poder ejecutivo y el poder legislativo. Éste es el tipo de independencia que domina en los países periféricos y semiperiféricos hasta nuestros días, y quizá solamente hasta ahora esté siendo confrontado con los tipos más avanzados de independencia.

Por esta razón, los regímenes dictatoriales no tuvieron grandes problemas en salvaguardar la independencia de los jueces. Una vez garantizada su neutralidad política, la independencia de los jueces podía servir a los designios de la dictadura.

Así, según Toharia.²⁴, el franquismo español no tuvo grandes problemas con el poder judicial. Con el fin de garantizar totalmente su neutralidad política, apartó de los tribunales ordinarios la jurisdicción sobre los crímenes políticos y creó a tal efecto un tribunal especial con jueces políticamente leales al régimen. Lo mismo sucedió en Portugal durante el régimen salazarista. Con idéntico objetivo fueron apartados de los tribunales ordinarios dos áreas de litigio que podían ser fuente de controversia política: las cuestiones laborales, que se atribuyeron a los tribunales de trabajo tutelados por el Ministerio de las Corporaciones, y los crímenes políticos, para los que se creó el Tribunal Plenario con jueces nombrados en función de su lealtad al régimen.

Este patrón de relación entre los regímenes autoritarios y los jueces es muy generalizado y parece ser que ocurre tanto en regímenes autoritarios de larga duración como también en «regímenes de crisis», cuyo autoritarismo supuestamente es de corta duración. Neal Tate analiza tres casos: la declaración de Estado de sitio de Marcos en Filipinas en 1972; la puesta en práctica de poderes de emergencia por parte de Indira Gandhi en la India en 1975; el golpe militar del general Zia Ul Haq en Pakistán en 1977.²⁵ En todos estos casos, los líderes políticos tuvieron la preocupación de no tocar la independencia de los jueces después de asegurarse el control de las áreas «sensibles».

La independencia de los jueces en la matriz liberal es compatible, pues, con regímenes no democráticos. El control político tiende a ser ejercido mediante la exclusión de los jueces de las áreas de litigio políticamente importantes para la supervivencia del sistema, y por formas de intimidación difusa que crean sistemas de autocensura. El objetivo es reducir la independencia a la imparcialidad del juez ante las partes en litigio y garantizar la lealtad pasiva de los jueces al régimen. Esta estrategia garantiza al poder judicial una supervivencia relativamente disimulada, que sin embargo no le obliga a excederse en manifestaciones de lealtad, siendo ésta una de las razones por las cuales cuando los regímenes autoritarios caen, la gran mayoría de los magistrados es confirmada por el nuevo régimen y sigue en funciones.

De hecho, desde la década de los setenta del siglo xx hemos podido observar el declive de los regímenes autoritarios y los consecuentes procesos de transición democrática. A mediados de la década de los setenta fueron los países de la periferia europea, en los

²⁴ Toharia, "Judicial Independence in an Authoritarian Regime", en Ghai, Luckman y Snyder (eds.), *The Political Economy of Law: a Third World Reader*, Oxford: OUP, 1987

²⁵ Tate C. N", "Courts and Crisis Regimes", *A Theory Sketch with Asian Case Studies*, *Political Research Quarterly*, 1993, pp. 311-338, y Tate y Haynie, 1993, pp. 707-740

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

ochenta los países latinoamericanos, a finales de la década de los ochenta los países del Este europeo, y a principios de la década de los noventa algunos países africanos. Estas transiciones instauraron procesos democráticos, muchos de los cuales están aún por consolidarse. Ocurrieron en un momento en el que en los países centrales se vivía ya el tercer periodo o, en algunos casos, el paso del segundo al tercer periodo. Este calendario histórico tuvo consecuencias fundamentales en el dominio de la garantía de los derechos. De una u otra manera los países periféricos y semiperiféricos se vieron en la contingencia de consagrar constitucionalmente de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido consagrados secuencialmente a lo largo de un periodo de más de un siglo, es decir, en el periodo liberal, los derechos civiles y políticos, en el periodo del Estado del bienestar, los derechos económicos y sociales, y en el periodo del pos-Estado del bienestar, los derechos de los consumidores, de la protección del ambiente y de la calidad de vida en general. Obligados, por decido de alguna manera, a un cortocircuito histórico, no sorprende el hecho de que estos países no hayan permitido, en términos generales, la consolidación de un catalogo tan exigente de derechos de ciudadanía.

Como se comprende, las situaciones varían mucho entre países. En relación con el caso que más nos interesa, el de los países semiperiféricos, o sea, los países de desarrollo intermedio, la consolidación de los derechos civiles y políticos es muy superior a la de los derechos de la segunda o de la tercera generación. Esta discrepancia es fundamental para comprender el desempeño judicial en esos países y las vicisitudes de la lucha por la independencia frente a los otros poderes.

En estos países, que pasaron por procesos de transición democrática en las últimas tres décadas, los jueces, de manera muy lenta y fragmentariamente, están asumiendo su corresponsabilidad política en la actuación benefactora del Estado. La distancia entre la constitución y el derecho ordinario en estos países es enorme y los jueces son en general tímidos al intentar acertada. Los factores de esta tibieza son muchos y varían de país a país. Entre ellos, podemos contar sin ningún orden de precedencia: el conservadurismo de los jueces, incubado en facultades de derecho intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepciones retrógradas de la relación entre derecho y sociedad; el desempeño rutinario fijo en la justicia retributiva, políticamente hostil a la justicia distributiva y técnicamente poco preparado para ella; una cultura jurídica cínica que no se toma en serio la garantía de los derechos, templada en largos periodos de convivencia o complicidad con sólidas violaciones de los derechos consagrados constitucionalmente, con la tendencia a ver en ellos simples declaraciones programáticas, más o menos utópicas; una organización judicial deficiente con carencias enormes tanto en recursos humanos como también en recursos técnicos y materiales; un poder judicial tutelado por un poder ejecutivo hostil a la garantía de los derechos o sin medios presupuestarios para llevada a cabo; fuerte ausencia de opinión pública y de movimientos sociales organizados para la defensa de los derechos y un derecho procesal hostil y anticuado.

Sin embargo, esto no significa que en algunos países, a lo largo de la época de los ochenta del siglo pasado, los jueces no hayan empezado a asumir una postura más activa y agresiva en defensa de los derechos. Por ejemplo en Brasil, como cita **Faria**, algunos jueces, sobre todo los de primera instancia, los que se enfrentan más de cerca con las flagrantes discrepancias entre igualdad formal y justicia social han creado una corriente jurisprudencial

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

basada en la constitucionalidad del derecho ordinario, orientada hacia una tutela más efectiva de los derechos.²⁶ Estas corrientes de jurisprudencia, aunque siempre minoritarias, asumen a veces una expresión organizada, como es el caso en Brasil del movimiento del derecho alternativo, protagonizado por jueces involucrados en el refuerzo de la tutela judicial de los derechos.

Esa tibieza de los jueces en el dominio de la justicia distributiva y de los derechos sociales y económicos se prolonga también en el campo de la lucha contra la corrupción, que, como hemos visto, constituye junto con la tutela de los intereses difusos, sobre todo en las áreas del consumo y del medio ambiente, un área privilegiada de protagonismo político y visibilidad social de los jueces en los países centrales. Las causas de esta tibieza son en gran medida las mismas que determinan la tibieza en el campo de la tutela de los derechos. Pero se añaden otras específicas, que tienen que ver sobre todo con la falta de tradición democrática en estos países. Un poder político concentrado, tradicionalmente afirmado en una pequeña clase política de extracción oligárquica, supo crear a lo largo de los años inmunidades jurídicas y fácticas que redundaron en la impunidad general de los crímenes cometidos en el ejercicio de las funciones políticas.²⁷ Esta práctica se transformó en la piedra angular de una cultura jurídica autoritaria en la que sólo es posible condenar hacia abajo (los crímenes de las clases populares) y nunca hacia arriba (los crímenes de los poderosos).

Incluso, los jueces no son vistos por los ciudadanos como los que tienen la responsabilidad de castigar los crímenes de la clase política. Son vistos como parte de esa clase política y tan autoritarios como ella. Curiosamente, sobre todo en América Latina, siempre que se habla de la corrupción relacionada con los jueces no es para hablar de la lucha contra la corrupción por parte de los jueces, sino más bien para hablar sobre la corrupción de los mismos (la venalidad de los jueces y funcionarios).

A pesar de esto, en los últimos años se han multiplicado las señales de una mayor actividad de los jueces en este campo, ya sea para combatir la corrupción dentro del sistema judicial o bien la corrupción de la clase política, y en general el gran crimen organizado. Como vimos, el aumento de la corrupción política y el gran crimen organizado a nivel internacional son las grandes novedades criminales del tercer periodo analizado anteriormente. Además, el crimen organizado, sobre todo el narcotráfico, tiene vinculaciones más o menos estrechas con la clase política y los militares, y en algunos países latinoamericanos también con los grupos guerrilleros. En estas condiciones es fácil imaginar las dificultades con las que se enfrentan los jueces al pretender ejercer el control penal en este campo. Una de las más terribles dificultades consiste en el riesgo de la propia vida. Según la Comisión Colombiana de Juristas, en Colombia fueron asesinados entre 1977 y 1991 doscientos noventa funcionarios judiciales relacionados con investigaciones y juicios sobre corrupción política y crimen organizado. Esta cifra se ha incrementado en los últimos años, pues según esta

²⁶ Faria, *Directivos humanos, derechos sociales e justiça, São Paulo, Malheiros, 1994a, p.52*

²⁷ A pesar de esto, en algunos países de América Latina hay muestras de la creciente resistencia de los ciudadanos a que las demás ramas del poder público sean capturadas por el poder ejecutivo, y en especial la justicia. El caso del Ecuador ilustra lo dicho aquí. La revuelta popular contra el presidente Lucio Gutiérrez, que terminó con su renuncia al poder en 2005, tuvo entre sus causas la manipulación del presidente del nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

misma entidad, en el año 2000 fueron asesinados setenta y un funcionarios y en el 2003 la cifra se incrementó a setenta y cinco funcionarios judiciales. Aunque en algunos casos es posible que los asesinatos estén relacionados con la propia corrupción de los jueces, en este y en otros países hay innumerables jueces amenazados de muerte y sólo ahora empiezan a surgir manifestaciones de solidaridad internacional entre ellos.

Para los países que pasaron en las últimas décadas por una transición democrática, el primer test hecho al sector judicial, en el ámbito de los crímenes cometidos mediante el abuso del poder político, consistió en el enjuiciamiento de los responsables por miles de asesinatos de opositores políticos y por otras graves y crueles violaciones de los derechos humanos, cometidos durante la vigencia de los regímenes dictatoriales. El resultado del test fue negativo para el sector judicial en su mayoría, aunque por razones no siempre imputables a él.²⁸ En los casos en donde la transición surgió debido a una ruptura entre el régimen autoritario y el democrático, como fue el caso de Portugal, y en cierta medida también el caso de Argentina, la existencia de tribunales especiales (tribunales militares), con jueces todavía leales al régimen depuesto, la falta de voluntad política para llevar a cabo la investigación, la existencia sobreviniente de perdones, la ocurrencia de la prescripción, los acuerdos entre las diferentes fuerzas políticas en el sentido de «borrón y cuenta nueva» sobre el pasado fueron factores que contribuyeron a que los crímenes cometidos durante la dictadura quedaran impunes en general. En el caso de Argentina hubo, al comienzo, una fuerte corriente de opinión pública y de movilización social, en el sentido de reprimir los crímenes de la dictadura. Algo de esto se dio precisamente al inicio del periodo democrático, pero, como expone **María Luisa Bartolomei**, a mediados de la década de los ochenta el presidente Raúl Alfonsín pudo haber negociado el fin de la represión con militares sublevados, a cambio del fin de la revuelta.²⁹

En los países en que la transición fue pactada, como por ejemplo en el caso de España, Brasil y Chile, la impunidad de los crímenes de abuso del poder y de violación de los derechos humanos cometidos durante la dictadura fue negociada entre la clase política del régimen dictatorial y la del régimen democrático que emergía. En este caso los jueces fueron desde el comienzo excluidos del ejercicio del control penal de estos asuntos. De hecho, tal exclusión sirvió para reforzar la cultura jurídica autoritaria legitimadora de la inmunidad fáctica e incluso jurídica de los detentadores del poder político.

Podemos concluir que las trayectorias políticas y sociológicas del sistema judicial en los países periféricos y semiperiféricos son diferentes de las del sistema judicial en los países centrales, aunque haya entre ellas algunos puntos en común. El análisis comparado de los sistemas judiciales es de crucial importancia para comprender cómo, bajo formas organizativas y marcos procesales relativamente semejantes, se esconden prácticas judiciales muy distintas, con distintos significados sociopolíticos sobre la función judicial, así

²⁸ Para el caso argentino, Cfr., Bartolomei, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976- 1983: An Analysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503*. Lund: *Jurisforlaget I Lund*, 1994, y para los demás casos latinoamericanos, d. Stotzky I. P. (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Boulder: Westview, 1993.

²⁹ *Ibíd.*, p. 19

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

como distintas luchas por la independencia del poder judicial.³⁰

4. LAS FUNCIONES DE LOS JUECES

En las secciones anteriores analicé la evolución histórica del significado sociopolítico de la administración de justicia, presuponiendo para eso un entendimiento amplio y mutante de las funciones de los jueces en la sociedad. Desde el momento en que nos concentramos en el desempeño de los jueces en cuanto punto de encuentro entre la demanda efectiva y la oferta efectiva de protección judicial, las funciones de los jueces pasaron a entenderse de modo más limitado, es decir, los jueces en cuanto mecanismo de solución de litigios. Ésta es sin duda una función crucial, tal vez la principal y sobre la que hay más consenso en la sociología judicial; pero no es la única. Al concentrarnos en ella acabamos por privilegiar la justicia civil, ya que es a través de ella como se realiza la función de la solución de litigios. Es necesario hacer una breve referencia a otras funciones de los jueces a fin de poder construir el marco conceptual y teórico adecuado a las actuaciones judiciales que sobrepasan el ámbito civil. Esto es aún más necesario si se tiene en cuenta que las diferentes funciones de la justicia no evolucionaron todas de la misma manera a lo largo de los tres periodos.

Los jueces desempeñan en las sociedades contemporáneas diferentes tipos de funciones, y aquí distingo las tres principales: instrumentales, políticas y simbólicas. En sociedades complejas y funcionalmente diferenciadas las funciones instrumentales son específicamente atribuidas a una determinada área de actuación social y se consideran cumplidas cuando dicha área opera con eficacia dentro de sus límites funcionales. Las funciones políticas son aquellas a través de las cuales los campos sectoriales de actuación social contribuyen al mantenimiento del sistema político, y finalmente las funciones simbólicas son el conjunto de las orientaciones sociales con las que los diferentes campos de actuación social contribuyen al mantenimiento o destrucción del sistema social en su conjunto.

Las funciones instrumental es de los jueces son las siguientes: solución de los litigios, control social, administración y creación de derecho.

Sobre la solución de litigios ya he dicho lo suficiente. El control social es el conjunto de medidas adoptadas ya sea mediante la interiorización o mediante coacción en una determinada sociedad para que las acciones individuales no se desvíen de forma significativa del patrón dominante de sociabilidad, designado como orden social. La función de control social de los jueces se refiere a su contribución específica al mantenimiento del orden social y a su recuperación siempre que éste es violado. Desde mediados del siglo XIX, coincidiendo con el inicio de! periodo liberal, el triunfo ideológico de! individualismo liberal y la exacerbación de los conflictos sociales, como resultado de la revolución industrial y la urbanización, sirvieron para plantear la cuestión central de cómo mantener e! orden social en una sociedad que perdía o destruía rápidamente los fundamentos en que tal orden se había afirmado hasta entonces.

³⁰ Este hecho hace todavía más problemático el intento de someter los sistemas judiciales de distintos países a los mismos modelos institucionales y funcionales (véase *infra* el capítulo 7).

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

La respuesta fue encontrada en el derecho, en la existencia de una normativa única, universal, coherente, acorde con los objetivos de desarrollo de la sociedad burguesa y susceptible de poder imponerse por la fuerza.

Los tribunales de justicia fueron la institución a la que se confió tal imposición. Se puede decir que la solución de los litigios llevada a cabo por los jueces configura, en sí misma, una función de control social. Sin embargo, es en la represión criminal donde los jueces ejercen de forma específica esta función, porque es ahí donde el patrón de sociabilidad dominante es imperativamente afirmado ante el comportamiento desviado. En la medida en que esta afirmación coercitiva puede ser eficaz para la prevención, su contenido de imposición externa pasa a coexistir con el de influencia interiorizada.

El análisis del desempeño de los jueces en el ámbito de la justicia penal corresponde así al análisis de la eficacia del sistema judicial en el ámbito del control social. A lo largo de los tres periodos esta eficacia fue siempre problemática y aún más cuanto más rápidas fueron las transformaciones sociales. El sistema judicial con su peso institucional, normativo y burocrático tuvo siempre dificultades para adaptarse a las nuevas situaciones de comportamiento desviado. De alguna manera estamos viviendo hoy, con la cuestión de la lucha contra la corrupción, el último episodio de un largo proceso histórico de adaptación y los límites de la misma son evidentes una vez más e incluso ahora con mayor evidencia.

Las restantes funciones instrumentales de los jueces son tal vez menos obvias y algunos dirán que menos importantes; sobre todo varían mucho de un país a otro. Las funciones administrativas se refieren a una serie de actuaciones de los jueces que no son ni solución de litigios, ni control social. Así por ejemplo, el conjunto de los actos de certificación y de notariado que los jueces realizan por obligación legal en situaciones que no son de litigio (por ejemplo, divorcio por mutuo acuerdo, o el matrimonio). También son funciones administrativas las actuaciones que, no siendo de los jueces como tales, son de los magistrados judiciales (por ejemplo, comisiones de servicio) siempre que éstos son llamados a ejercer funciones de auditoría, de consultoría jurídica o de magistratura de autoridad en los distintos ministerios o departamentos de la administración pública. Estas funciones administrativas son residuos de la sociedad preliberal en donde las actividades judiciales eran con frecuencia ejercidas en conjunto con las actividades administrativas y por los mismos oficiales del rey.

De todas las funciones, la de creación del derecho por parte de los jueces es la más problemática, sobre todo en los países de tradición jurídica europea continental. Pero aun en los países del *common law* ha sido muy discutido y analizado el declive de la función de creación del derecho por parte de los jueces, un declive que se pudo haber iniciado en el segundo periodo (el periodo del Estado del bienestar), cuando el equilibrio de poderes fue en definitiva destruido en favor del poder ejecutivo. Sin embargo, pienso que, dejando a un lado la arquitectura constitucional y mirando más hacia las prácticas judiciales cotidianas, hay mucha creación de derecho en los juzgados, tanto en los países del *common law* como en los del derecho europeo continental. Se trata de una creación precaria, intersticial y caótica, pero no por eso menos importante, y de alguna manera destinada a aumentar en importancia en las circunstancias que parecen estar prevaleciendo en el tercer periodo jurídico-político, el periodo del pos-Estado del bienestar. De hecho, la creación intersticial del derecho prospera en la medida en que entran en crisis los principios de subsunción

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

lógica en la aplicación del derecho. Muchas de las características del tercer periodo no hacen sino profundizar en tal colapso, como lo son, entre otras, el surgimiento de la normativa casuística y negociada; la complejidad creciente de los negocios, traducida en el uso cada vez más frecuente de cláusulas generales, conceptos indeterminados, principios de buena fe y de equidad; la presión formal o informal sobre los jueces para que actúen más como mediadores que como juzgadores. Todos estos factores hacen que se atenúen o sean cada vez más difusas las fronteras entre la creación y la aplicación del derecho. Es en esas fronteras en las que tiene lugar la creación judicial del derecho.

Por lo demás, como ocurre con el conjunto de las funciones judiciales, los tres tipos de funciones instrumentales se influyen de manera natural, se entrecruzan y de hecho ninguna puede entenderse de forma total, separada de las demás. Es sobre todo en la solución de litigios cuando los jueces crean el derecho y también cuando se ejerce la función de control social, mediante la afirmación de una normativa que deja de depender de la voluntad de las partes, a partir del momento en que éstas deciden someterse a ella (siempre que tienen la posibilidad de decidir lo contrario). Pero, por otro lado, la justicia penal contiene siempre una dimensión de solución del litigio no sólo entre el acusado y la sociedad sino también entre él y la víctima. En los crímenes particulares esa dimensión es especialmente evidente, a tal punto que la frontera entre justicia civil y penal se vuelve problemática.

Es en gran medida a través del conjunto de las funciones instrumentales que los jueces ejercen también las funciones políticas y las simbólicas. En cuanto a las funciones políticas, surgen desde luego del hecho de que los jueces sean uno de los órganos de soberanía. Más que interactuar con el sistema político son parte integrante de él. Sólo hay que identificar las funciones políticas específicamente confiadas a los jueces. La función de control social es una función eminentemente política, ya sea por la represión que ejerce o bien por el modo selectivo en cómo lo hace.

Los sistemas políticos conviven hoy, sin grandes perturbaciones para su estabilidad, con niveles elevados de criminalidad individual, denominada común. No ocurre lo mismo con los otros tres tipos de criminalidad: el crimen organizado, el crimen político y el crimen cometido por políticos en el ejercicio de sus funciones, por causa o consecuencia de ellas, como es el caso de la corrupción ya mencionada. Las dificultades del sistema político ante estos tipos de criminalidad resultan de una situación paradójica, susceptible de ocurrir con más frecuencia de lo que *Be* piensa. Por un lado, la existencia de esta criminalidad y su impunidad pueden, más allá de ciertos límites, poner en duda las propias condiciones de reproducción del sistema. Pero, por otro lado, lo mismo puede ocurrir si el castigo de esa criminalidad, por su carácter sistemático e inflexible, contribuye a cortar eventuales lazos del sistema político con tal tipo de criminalidad, en el caso de que tales lazos sean vitales para la reproducción del sistema político. Debido a esta paradoja, la actuación represiva de los jueces se da con frecuencia en el filo de la navaja, siempre más acá de las condiciones que podrían maximizar su eficacia y, por eso, sujeta a críticas contradictorias.

Las funciones políticas de los jueces no se agotan en el control social. La movilización de los jueces por los ciudadanos en los campos civil, laboral, administrativo, etc., implica siempre la conciencia de derechos y la afirmación de la capacidad para hacer la reivindicación de los mismos, y en ese sentido es una forma de ejercicio de la ciudadanía y de la participación política. Por esta razón las asimetrías sociales, económicas y culturales en la capacidad para

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

movilizar a los jueces plantean interrogantes relativos a la justicia social y simultáneamente a las condiciones del ejercicio de ciudadanía. La visibilidad social y política del acceso, del coste y de la morosidad de la justicia como temas de debate público deriva de la capacidad o incapacidad integradora del sistema político que por ellas se explica.

De esta articulación entre movilización judicial e integración política resulta otra función política de los jueces: la legitimación del poder político en su conjunto. En las sociedades democráticas el funcionamiento independiente, accesible y eficaz de la justicia constituye hoy uno de los más fuertes factores de legitimidad del sistema político. Como dije antes, las condiciones para esta politización de la función judicial fueron creadas, sobre todo en el periodo del Estado del bienestar, por el dramático incremento de los derechos de ciudadanía que durante él se dieron. A partir de entonces, la garantía efectiva de esos derechos fue políticamente distribuida por los poderes ejecutivo y legislativo, por un lado, encargados de la creación de los servicios y de las partidas presupuestarias, y, por otro, por el poder judicial como recurso de instancia ante las violaciones del pacto de garantía. La crisis del Estado del bienestar en el tercer periodo es básicamente una crisis de garantía, y de ahí la transferencia de compensación de la legitimidad del sistema político hacia la justicia.

Esta transferencia ha creado en los países centrales una sobrecarga política de la justicia, que si no es bien administrada o no responde de forma adecuada puede acabar por comprometer la propia legitimidad de los jueces. En los países periféricos y semiperiféricos la garantía estuvo, por así decirlo, en crisis desde el comienzo. En este sentido las responsabilidades políticas del sector judicial son menores sólo porque es menor la legitimidad del sistema político en su conjunto. La relativa irrelevancia social de los jueces es por ello el otro lado de la distancia del sistema político en relación a los ciudadanos.

La transferencia de compensación de la legitimidad está asumiendo hoy otra forma, tanto en los países centrales como en los semiperiféricos, y con ella se diseña otra función política de la justicia. Se trata, como ya hemos señalado anteriormente, de la promiscuidad entre el poder económico y el político y de la consecuente criminalización de la política.³¹ En lo que respecta a la transferencia de compensación en el campo de los derechos, ésta se basa en el cuestionamiento de la capacidad benefactora del Estado, mientras que la transferencia de compensación en el campo de la corrupción política se basa en el cuestionamiento del sistema de representación política. La función de representación sustitutiva puede de esta manera sobrecargar demasiado la capacidad funcional de la justicia.

Estas últimas funciones políticas de los jueces sólo pueden ser mínimamente ejercidas en la medida en que cumplan sus funciones más generales, las funciones simbólicas. Las funciones simbólicas son más amplias que las políticas porque comprometen todo el sistema social. Los sistemas sociales se afirman en prácticas de socialización que fijan valores y orientaciones hacia valores, distribuyendo unos y otras por los diferentes espacios estructurales de las relaciones sociales (familia, producción, mercado, comunidad,

³¹ Sobre el cambio de los roles de los jueces, Cfr., Domingo, "Judicial Independence", *Journal of Latin American Studies*, 2000, p.32 y "Judicialisation of Politics: The Changing of Political Role of the Judiciary in Mexico", en Sieder, Shjolden y Angell, *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York: Palgrave-Macmillan, 2005.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

ciudadanía, espacio mundial), según las especificidades de éstos, fijadas ellas mismas por criterios de especialización funcional socialmente dominantes.³²

Tanto las funciones instrumentales como las funciones políticas.³³ Poseen dimensiones simbólicas que serán más significativas en unos casos que en otros.³⁴ Por ejemplo, de las funciones instrumentales, la función de control social es la que tiene más fuerte componente simbólico. La justicia penal actúa sobre comportamientos que en general se desvían significativamente de valores reconocidos como particularmente importantes para la reproducción normal de una determinada sociedad (los valores de la vida, de la integridad física, del honor, de la propiedad, etc.). Actuando con eficacia en este campo, se produce un efecto de confirmación de los valores violados. Una vez que los derechos de ciudadanía, cuando están interiorizados, tienden a enraizar concepciones de justicia retributiva y distributiva, la garantía de su protección por parte de los jueces tiene en general un poderoso efecto de confirmación simbólica.

Sin embargo, la mayor eficacia simbólica de los jueces surge de la propia garantía procesal, de la igualdad formal, de los derechos procesales, de la imparcialidad, de la posibilidad de recurso. En términos simbólicos, el derecho procesal es tan sustantivo como el derecho sustantivo. De ahí que la pérdida de eficacia procesal por la vía de la falta de acceso, de la morosidad, del coste o de la impunidad afecte a la credibilidad simbólica de la protección judicial. Esto no significa que haya una relación lineal entre la eficacia del desempeño instrumental y político y la eficacia simbólica. En un Estado en general opaco o poco transparente, un desempeño instrumental deficiente de los jueces puede no afectar a su eficacia simbólica, sobre todo si algunos casos ejemplares de buen desempeño instrumental van alimentando la comunicación social y si lo hacen de modo que la visibilidad de los tribunales quede reducida a esas zonas de atención pública.

5. PATRONES DE LITIGIO Y CULTURA JURÍDICA

Por muy significativas que sean las diferencias entre países con distintos niveles de desarrollo en lo que respecta a las vicisitudes de la independencia y al significado sociopolítico de la justicia, se pueden hacer dos reflexiones comunes.

³² Sobre los espacios estructurales, Cfr., Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, New York: Routledge, 1995, pp. 403-455, publicado en castellano en Santos, *Crítica de la razón indolente: Contra el desprecio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003b.

³³ Sobre las funciones de los jueces y tribunales desde una perspectiva que busca resguardar y fomentar la inversión privada de los países, Cfr., Buscaglia y Ratliff, "*Judicial Reform: The Neglected priority in Latin America* ", en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1997.

³⁴ Sobre el tema más general de la eficacia simbólica del derecho, véase el importante estudio de García-Villegas, 1993. García-Villegas parte de una concepción distinta, y más amplia, de eficacia simbólica.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

La primera, que es al fin y al cabo la conclusión más amplia de nuestro análisis hasta el momento, es la de que la lucha por la independencia del sistema y del poder judicial siempre es, a pesar de las infinitas variaciones, una lucha precaria, en la medida en que sucede en el contexto de algunas dependencias poderosas del sistema judicial en relación con el ejecutivo o con el legislativo. Se trata de una lucha con medios limitados contra otros poderes casi siempre hostiles ante una independencia que nunca es completa. En este sentido la independencia sólo se convierte en cuestión importante cuando se sobrepasan los límites de la falta de independencia considerados tolerables por las propias magistraturas o por los ciudadanos organizados en partidos, o en otras formas de asociación, interesados en defender la independencia de los jueces.³⁵

Los intentos de ejercer el control político sobre la actividad judicial suceden por razones semejantes y recurriendo a medios similares: transferencia de ciertas áreas de litigio del ámbito de los juzgados ordinarios a juzgados especiales o a agencias administrativas bajo el control del poder ejecutivo; control sobre la formación, el reclutamiento y la promoción de los jueces; gestión de la dependencia financiera de los jueces. Para evitar este tipo de injerencias se han creado los Consejos de la Judicatura. Estas instituciones buscan que los jueces se autogobiernen y gestionen ellos mismos los recursos. Sin embargo, aunque se ha avanzado en algunos aspectos en la autonomía judicial, estos Consejos dependen presupuestariamente del ejecutivo. De ahí que su independencia no sea absoluta. Lo que en este ámbito verdaderamente distingue a los países periféricos de los centrales es el hecho de que sólo en los primeros los medios de control incluyen la intimidación seria y la propia eliminación física de los jueces.

La segunda reflexión, que suscita el análisis siguiente, es la de que en el terreno político concreto la lucha por la independencia depende del desempeño efectivo de los jueces. Este desempeño permite una enorme variación interna, y sólo cuando se traduce en ejercicios susceptibles de ampliar la visibilidad social o el protagonismo político más allá de los límites convencionales y acordados, la independencia judicial se transforma en una lucha política de primera línea. Sin embargo, y al contrario de lo que pueda parecer, no hay una relación absolutamente unívoca y lineal entre los términos de la lucha por la independencia y los del desempeño efectivo, en la medida en que varía de país a país la sensibilidad política sobre el significado del desempeño y de sus variaciones.

Ante esto, es de crucial importancia analizar de la manera más pormenorizada posible los parámetros, las características y las variaciones del desempeño de los jueces. Además, un enfoque analítico muy centrado sobre la independencia judicial o el protagonismo político de los jueces, puede ocultar el conocimiento del trabajo efectivo de éstos en la gran mayoría de los casos y en la mayoría de los días de trabajo judicial. Por esta razón paso a

³⁵ El análisis comparado de los sistemas judiciales es de importancia creciente y, sin embargo, es muy complejo debido a la multiplicidad de variables en juego. Sobre el tema, Cfr., Shapiro, 1986; Damáska, 1986; Schmidhauser (ed.), 1987; Cappelleni, 1991, 1999, Y Holland (ed.), 1991. A nuestro entender, la mayor dificultad en el análisis comparado de los sistemas judiciales está en el hecho de que éstos operan en un contexto de pluralismo jurídico, que condiciona de modo decisivo su desempeño, lo que varía de forma significativa de país a país. En Brasil, un análisis muy bien documentado del pluralismo jurídico puede leerse en Wolkmer, 1994.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

citar el marco teórico y la experiencia comparada, que a mi entender deben servir de referencia al análisis del desempeño efectivo de los jueces.

Como dije anteriormente, se sabe que el nivel de desarrollo económico y social condiciona la naturaleza del conflicto social e interindividual, la propensión a litigar, el tipo de litigio, y por lo tanto el desempeño de los jueces como expresión del patrón de consumo de la justicia, entendido éste como oferta efectiva de tutela judicial ante la demanda efectiva. Estando condicionado por el nivel de desarrollo, el patrón de consumo de la justicia actúa a su vez sobre él, potenciándolo o limitándolo. Añádase que el aumento del desarrollo socioeconómico no implica necesariamente el aumento del litigio en general, sino que puede implicar un aumento en ciertas áreas o tipos de litigio, lo cual entraña una disminución en otras. Por esta triple interacción, el análisis de las relaciones entre el desempeño de los jueces y el nivel de desarrollo socio económico es central en toda la sociología judicial.³⁶

Sin embargo, se sabe también que el nivel de desarrollo socioeconómico no explica por sí solo el nivel y el tipo de desempeño de los jueces, ya que países con niveles semejantes de desarrollo presentan perfiles judiciales muy distintos. Basta comparar por ejemplo a Japón con los Estados Unidos, o a Holanda con Alemania. Así pues, debe atenderse a otros factores, y uno de ellos, tal vez el más importante, es la cultura jurídica dominante del país, casi siempre articulada con la cultura política.

La cultura jurídica es el conjunto de orientaciones hacia valores e intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y a los derechos, y frente a las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan o violan el derecho y los derechos.

En las sociedades contemporáneas el Estado es un elemento central de la cultura jurídica, y en ese sentido la cultura jurídica siempre es una cultura jurídico-política y no puede ser comprendida plenamente fuera del ámbito más amplio de la cultura política. Por otro lado, la cultura jurídica reside en los ciudadanos y en sus organizaciones, y en este sentido es también parte integrante de la cultura de la ciudadanía. A este nivel, se distingue de la cultura jurídico-profesional, que atañe sólo a los profesionales del foro y que, como tal, tiene ingredientes propios relacionados con la formación, la socialización, el asociacionismo, etcétera.

La cultura jurídica empezó a ser discutida a partir de los años sesenta del siglo xx, sobre todo en los Estados Unidos y también en Italia, bajo el impulso de la explosión del litigio que

³⁶ Cfr., sin embargo, *Henckel, ZivilproceB und Justizalternative in Brasilien. Frankfurt: Peter Lang, 1991*, quien hace un análisis de la justicia civil brasileña comparándola en cuanto es posible con la alemana, para concluir que no hay diferencias estadísticas significativas entre el desempeño del sistema judicial de un país desarrollado y el de un país subdesarrollado; según él, las diferencias están sobre todo en los factores organizativos (persona, cualificación, salarios, infraestructuras). Se trata de un análisis algo controvertido, en la medida en que las semejanzas pueden ser la traducción de situaciones sociales totalmente distintas. Por ejemplo, el hecho de que en Alemania y en Brasil se esté bajo el amparo judicial tiene diferentes significados. En Brasil supone que más de dos terceras partes de la población están marginadas del acceso a la justicia, mientras que en Alemania el resultado es totalmente opuesto. O sea, el Estado del bienestar sigue funcionando eficazmente y su desempeño no suscita las controversias que llevarían a exigir la intervención de los jueces.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

se comenzó a dar entonces en esos países.³⁷ La idea era que la propensión a litigar es mayor en unas sociedades que en otras y que las variaciones están, en parte por lo menos, ancladas culturalmente, en la medida en que la propensión a litigar no aumenta necesariamente en la misma proporción que el desarrollo económico. Si bien en ciertas sociedades los individuos y las organizaciones muestran una clara preferencia por soluciones de consenso de los litigios o que de todos modos se obtienen fuera del campo judicial, en otras en cambio la opción por litigar se toma con facilidad.³⁸

Algunos autores, por ejemplo Kritzer,³⁹ comparan la propensión a litigar en países culturalmente próximos y hasta con un sistema jurídico semejante ---como, por ejemplo, los Estados Unidos e Inglaterra o los Estados Unidos y Canadá--- y encuentran diferencias significativas que retrotraen a diferentes culturas jurídicas. Los Estados Unidos fue considerado el país que tenía la más elevada propensión a litigar, configurando una «sociedad litigiosa», como la llamó Lieberman (1981).⁴⁰

Este hecho suscitó un debate que se prolongó por toda la década de los ochenta, hasta convertirse, en las elecciones presidenciales estadounidenses de 1992, en el tema de la campaña electoral.⁴¹

Se dieron entonces varias razones que alimentarían tal cultura del litigio, desde la existencia de un número excesivo de abogados al debilitamiento de los lazos comunitarios y de los compromisos de honor en la gestión de la vida colectiva. Según algunos, la propensión a litigar propicia un enorme drenaje de recursos económicos que de otra manera podrían ser destinados a las tareas de desarrollo.⁴² Otros autores y estudios refutaron estos argumentos y pusieron en duda que hubiese habido una explosión del litigio o que los norteamericanos resultaran particularmente afectados al litigio.⁴³

Blankenburg, por su parte, defendió la idea de que la explosión del litigio, aunque con una dimensión real, había sido inflada por los medios de comunicación social a partir de procesos particularmente notorios, ya fuera por su naturaleza o por la de los que

³⁷ Para la bibliografía relevante en este periodo, Cfr., Santos, *Pela mão de Alice: O social e político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994 pp. 141-161*, publicado en castellano en Santos, 1998d.

³⁸ Sobre culturas jurídicas, Cfr., por último, Bierbrauer, "Toward an Understanding of Legal Culture: Variations in Individualism and Collectivism between Kurds, Lebanese, and Germans", *Law and Society Review*, 1994, 28 (2) pp. 243-264.

³⁹ Kritzer, "A Comparative Perspective on Settlement and Bargaining in Personal Injury Cases", *Law and Social Inquiry*, 1989, 14(1): pp.167-185.

⁴⁰ Sobre el cuestionamiento del nivel de litigio en la sociedad estadounidense, Cfr., Galanter, 1983; Trubek et al., 1983.

⁴¹ Galanter, "News from Nowhere: The Debased Debate on Civil Justice", *Denver University Law Review*, 1993a,71(1):77-113 y "The Recoil from Adversary Legalism: The Recoil from Adversary Legalism: The Anti-lawyer Dimension (Mimeo). Madison: Institute for Legal Studies, 1993b

⁴² Olson (1992) afirma que existe en Estados Unidos una «industria del litigio», responsable en gran parte del aumento del mismo. Una posición opuesta y bien fundada puede leerse en Epp, 1992.

⁴³ Sobre este debate Cfr. Galanter, 1993a y 1993b. Más allá de eso otros autores han subrayado la continua incidencia de la solución negociada de litigios sin recurso a los jueces en determinadas áreas, como por ejemplo en el área de los seguros (Ross, 1980) y de responsabilidad civil extracontractual (Genn, 1988). Cfr. también Brigham, 1993, y Galanter y Cahill, 1994.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

intervinieron en ellos (Blankenburg, s.d.). En estos términos, deducir la existencia de la cultura jurídica del litigio a partir de la explosión del mismo era incorrecta en la medida en que, aun concediendo con facilidad que tal explosión existía, la verdad es que la gran mayoría de los litigios continuaba revolviéndose fuera de los juzgados.⁴⁴

Sin embargo, en un estudio sobre los patrones de litigio en cinco países europeos, todos de tradición jurídica continental, se llegó a la conclusión de que, aunque en todos ellos había habido un aumento del litigio en la década de los setenta, ese aumento varió de país a país y las variaciones no coincidieron con las de los indicadores de desarrollo (Ietswaart, 1990: 57).⁴⁵

En áreas de menor sedimentación cultural, las variaciones fueron sin embargo más uniformes. Así, por ejemplo, se verificó una cierta disminución del litigio directamente relacionada con la actividad económica, lo que podría indicar que, en la medida en que ésta se internacionalizó y se volvió técnicamente más compleja, dejó de existir en los tribunales un foro adecuado para la solución de los litigios que fue generando. Por otro lado, en casi todos los países desarrollados emergieron nuevos tipos de litigio relacionados con la aparición de la sociedad de consumo, con la degradación del medio ambiente y con el aumento dramático de la movilidad social y geográfica (ruptura de relaciones familiares y consecuentes divorcios; cuestiones de alquiler).

En el análisis de las variaciones de los niveles de litigio es necesario distinguir entre las ondulaciones largas de litigio y las variaciones bruscas y de corta duración, ya que sólo las primeras tienen posibilidad de ser re conducidas a la evolución del patrón de desarrollo o a la cultura jurídica dominante. Las variaciones bruscas están en general relacionadas tanto con factores internos del sistema judicial por ejemplo, una reforma procesal que desjudicializa cierto litigio como con la transformación política drástica, desde la Alemania de la República de Weimar, los Estados Unidos del *New Deal*, el Chile de Allende o el Portugal del 25 de abril de 1974 hasta la Francia de los socialistas de 1981.

Además, la razón por la cual la relación entre desarrollo socioeconómico y cultura jurídica, por un lado, y patrón de litigio, por el otro, no es unívoca, reside en que el sistema judicial, de por sí o por la interferencia de los otros poderes políticos, no asiste pasivo a las variaciones de la demanda de tutela judicial siempre que éstas exceden límites considerados tolerables. Por esa razón se realizaron las reformas de informalización de la justicia mencionadas anteriormente, y además de ellas podríamos citar muchas más: la desjudicialización de los litigios de cobro de las deudas (Dinamarca), o de los divorcios por mutuo acuerdo (Portugal); la introducción de la responsabilidad objetiva en los accidentes de tráfico (Francia, Portugal); las propuestas cada vez más insistentes para despenalizar el consumo de drogas (Holanda). Lo que varía de país a país es precisamente la capacidad de adaptación de la oferta judicial a la demanda judicial. Cuando tal capacidad está ausente totalmente, la oferta judicial no deja de actuar sobre la demanda judicial, pero esta vez lo

⁴⁴ A pesar de eso, las diferencias nacionales ante el litigio son evidentes. El propio Blankenburg (1994b: 780 ss.) muestra ese contraste entre las culturas jurídicas de dos países europeos con niveles de desarrollo semejante, Holanda y Alemania. Cf. también Kritzer y Zemans, 1993.

⁴⁵ (Ietswaart, 1990: 57)

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

hace desanimando a esta última, aumentando con esto la discrepancia entre la demanda potencial y la demanda efectiva. En algunos países la caída de la demanda de la protección judicial en ciertas áreas no tiene otra justificación que la falta de incentivos sobre la demanda, resultante de la débil calidad de la oferta.

6. LA PIRÁMIDE DEL LITIGIO

El concepto de cultura jurídica es útil siempre y cuando esté limitado en sus ambiciones analíticas y explicativas, pues, como vimos, muchos otros factores interfieren en la evolución de los tipos y niveles de litigio. Al referirse a los movimientos más estables, la cultura jurídica es un elemento analítico útil. Aunque el concepto haya sido desarrollado para designar actitudes ante el derecho, los derechos y la justicia, que se traducen en la elevada propensión al litigio, la verdad es que es igualmente legítimo hablar de culturas jurídicas en fuga ante el litigio, o sea, de culturas con una muy baja propensión a litigar. En cualquier caso, la utilidad de este concepto y del indicador que la sustenta (la propensión al litigio) sólo es realmente significativa cuando es posible cotejar el conjunto de litigios judicializables que ocurren en una sociedad determinada, o incluso de las relaciones sociales que los pueden originar. Sólo entonces se puede determinar con algún rigor el ámbito de la demanda potencial de la tutela judicial y la fracción de ella que se transforma en demanda efectiva. Esta investigación es muy difícil y muchas veces imposible.

El flujo ininterrumpido, indefinido y amalgamado de las relaciones sociales en una determinada sociedad hace imposible cualquier cuantificación fiable. Ello no es así sólo en las relaciones sujetas a algún tipo de registro (matrimonios, defunciones, pólizas de seguro, registro de accidentes, cheques sin fondos, escrituras públicas, contratos de alquiler, etc.). En estos casos es posible establecer lo que designamos por base de la pirámide del litigio. La misma dificultad existe en la determinación de las situaciones de litigio. En este ámbito, sólo mediante entrevistas u otras metodologías indirectas es posible tener una idea aproximada del nivel global del litigio en una sociedad determinada.

Sólo a partir de un conocimiento aproximado de la base de la pirámide del litigio es posible definir el perfil de ésta. El concepto de pirámide de litigio es utilizado para mostrar, haciendo uso de una metáfora geométrica, el modo como son formadas socialmente las relaciones de litigio en una determinada sociedad. Teniendo en cuenta que las que llegan a los tribunales, y de éstas las que llegan a juicio, son la punta de la pirámide, es necesario conocer la trama social que media entre la punta y la base de la pirámide.⁴⁶

Los litigios son construcciones sociales en la medida en que el mismo patrón de comportamiento puede considerarse litigio, o no, según la sociedad, grupo social o el contexto de interacciones en que sucede.

Como todas las demás construcciones sociales, los litigios son relaciones sociales que emergen y se transforman según dinámicas sociológicamente identificables. La transformación de éstas en litigios judiciales es sólo una alternativa entre otras y no es, de

⁴⁶ Las formas de pluralismo jurídico analizadas en el capítulo 2 operan muchas veces en el ámbito de la pirámide de litigios, en la medida que diferentes órdenes jurídicos intervienen en el mismo litigio en diferentes momentos o simultáneamente.

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

ninguna manera, la más probable aunque esa posibilidad varíe de país a país, según el grupo social y el área de interacción. Además, el propio proceso de aparición del litigio es mucho menos evidente de lo que a primera vista se puede imaginar. El comportamiento lesivo de una norma no es suficiente para que por sí solo pueda desencadenar el litigio. La gran mayoría de los comportamientos de ese tipo sucede sin que los lesionados tengan en cuenta el daño o identifiquen a su causante; sin que tengan conciencia de que tal daño viola una norma, o aun sin que piensen que es posible reaccionar contra el daño o contra el causante. Diferentes grupos sociales tienen percepciones diferentes de las situaciones de litigio y niveles de tolerancia diferentes ante las injusticias en las que se traducen. Por esta razón, niveles bajos de litigio no significan necesariamente una baja incidencia de comportamientos injustamente lesivos.

Son enormes los problemas conceptuales y metodológicos del estudio de las percepciones y evaluaciones de los daños. Personas diferentes con percepciones semejantes de una determinada situación hacen evaluaciones diferentes, y, viceversa, hacen evaluaciones semejantes de situaciones percibidas de manera diferente. Muchos trabajadores tienen dificultad en saber si están enfermos, si la causa de su dolencia está relacionada con el trabajo, si el trabajo causante de la enfermedad viola alguna norma, o si es posible alguna reacción contra eso. Del mismo modo, sólo una inspección de los documentos del préstamo haría posible saber si el deudor fue víctima de la usura en caso de que él mismo no se haya dado cuenta de eso. Las personas se exponen a daños y son injustamente lesionadas en muchas más situaciones que aquellas de las que tienen conciencia. Ciertos grupos sociales tienen una capacidad mucho mayor que otros para identificar los daños, evaluar su injusticia y reaccionar contra ella. Mientras más baja es la capacidad de identificación, más difícil se hace evaluar el significado sociológico de la base de la pirámide. Subyacente a las situaciones identificadas como generadoras de litigio puede estar un conjunto mayor o menor de conductas injustamente lesivas, un conjunto en gran medida indeterminado.

Sin embargo, es posible determinar los factores sociales que condicionan la capacidad para tener en cuenta los daños y evaluados como tales. Naturalmente, existen factores relacionados con la personalidad, importantes en este ámbito pero que sólo operan en conjunto con factores sociales tales como clase, sexo, nivel de escolaridad, etnia y edad. Los grupos sociales que tienen en estas variables situaciones de mayor vulnerabilidad son también aquellos en los que tiende a ser menor la capacidad para transformar la experiencia de la lesión en litigio.

Más allá del factor de la personalidad y de las variables estructurales, es necesario contar también con las variables interpersonales, es decir, con la naturaleza de las relaciones entre individuos en el contexto de las cuales surge una situación en potencia con carácter de litigio. Por ejemplo, el mismo comportamiento de un familiar íntimo o de un extraño puede tener significados totalmente distintos. El tipo de ámbito social en el que se tejen las relaciones es igualmente decisivo. Los individuos se relacionan en la familia, en el trabajo, en la vecindad, en el mercado, en la política, en la diversión, etc.; y en cada uno de estos campos crean interacciones que potencian determinados tipos de percepciones y evaluaciones y bloquean otros. Por otro lado, de la misma manera que existen relaciones que son fáciles de interrumpir o dar por terminadas, hay otras cuya interrupción o fin acarrearán costes importantes para uno o para todos los participantes. La consistencia, la

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

dirección múltiple, la profundidad y la duración de la relación son factores decisivos, según las circunstancias, en la creación o en el bloqueo de situaciones de litigio. Además, se debe tener en cuenta que todos estos factores o variables no son solamente decisivos en el proceso de surgimiento del litigio, sino que lo son también en las transformaciones necesarias por las que el litigio pasa hasta su solución cuando esto ocurre.

El hecho de que sea reconocida la existencia del daño, de su causante y de la violación de normas que acarrea no significa que el litigio surja necesariamente. Para ello es necesario que el lesionado encuentre que el daño es de algún modo remediable, reclame contra la persona o entidad responsable por el daño de que es víctima y sepa hacerlo de manera creíble y clara. Cuando esto ocurre el litigio surge solamente cuando tal reclamo o queja es rechazado en su totalidad o en parte. Sólo entonces es cuando la relación social se sitúa en la base de la pirámide.

El trayecto recorrido hasta aquí es sociológicamente muy importante para determinar el contenido de justicia distributiva de las medidas destinadas a incrementar el acceso a la justicia. Como sabemos, tales medidas buscan disminuir las desigualdades en el uso de la justicia. Sin embargo, lo que ocurre es que tales medidas sólo pueden beneficiar a aquellos que pasan el umbral de la percepción, de la evaluación y de la identificación del responsable del daño. Como vimos, ciertos grupos sociales tienen más capacidad que otros para pasar tal límite. Los que tienen menor capacidad están en peores condiciones para que sean beneficiados por un incremento del acceso a la justicia. Esto significa que el acceso a la justicia, sobre todo en países donde es muy deficiente, es doblemente injusto para los grupos sociales más vulnerables, porque no promueve una percepción y una evaluación más amplia de los daños sufridos de manera injusta en la sociedad, y porque, en la medida en que tal percepción y evaluación ocurre, no permite que ésta se transforme en una demanda efectiva de la tutela judicial.

El reclamo del lesionado no provoca necesariamente el litigio una vez aquél es rechazado en su totalidad o en parte. Solamente será un litigio si el lesionado no está de acuerdo con el rechazo y decide reaccionar ante el mismo. Puede tener buenas razones para no hacerlo. Por ejemplo, el inconformismo puede incluir el riesgo de poner en peligro de manera global una relación que en otros niveles es benéfica para el lesionado. Esto ocurre sobre todo en el caso de las relaciones multiplexas, es decir, relaciones que unen a los individuos a través de múltiples vínculos (amistad, familia, religión, etnia, negocios).⁴⁷ Siempre que éstos se vean afectados de forma parcial por el comportamiento lesivo, el desencadenamiento del litigio puede tener un efecto de polarización capaz de contribuir al aumento de la dimensión de la lesión antes de que pueda remediarse. El incentivo para «aguantar» en estas condiciones puede ser mucho más grande. Cuanto más desiguales son las posiciones sociales de las partes en litigio, mayor es este incentivo en el caso de que el lesionado sea la parte social inferior. Si el incentivo para tolerar es neutralizado por el impulso inconformista, se desencadena el litigio.

⁴⁷ Sobre el concepto de las relaciones multiplexas, Cfr. Santos, "The Law of the Oppressed. The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", *Law and Society Review*, 1977,12: pp. 5-125. y *Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: O caso do direito*, Revista Crítica de ciências. Sociais, 1988, 24: pp. 139-172.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

Una vez desencadenado el litigio, su ámbito puede variar enormemente, no sólo en función de los factores o variables que comentamos anteriormente, sino también de los objetivos de los litigantes y de los mecanismos que juzgan tener a su disposición para llevar a cabo esos objetivos. Además, como bien observó Aubert, la relación entre objetivos y mecanismos de solución es recíproca: los objetivos influyen en la selección de los mecanismos escogidos, y según los mecanismos se alteran los objetivos.⁴⁸ Los objetivos dependen también de la evaluación que se hace de la lesión y de la injusticia que se constituye. Dicha evaluación tiene mucho que ver con la conciencia de los derechos y, en última instancia, con la cultura jurídica dominante en el grupo de referencia del lesionado. Una elevada conciencia de derechos tiende a ampliar el ámbito de la lesión y, en correspondencia con éste, los objetivos de su reparación.

En un complejo sistema de *feedback* la evaluación de la dimensión de la lesión y los objetivos de la reparación están, como hemos dicho, en íntima interacción con los mecanismos de solución a disposición del lesionado y con la capacidad de éste o del propio mecanismo para convocar al proceso de solución causante del daño. Se puede decir que todas las sociedades mínimamente complejas tienen a disposición de los litigantes un conjunto más o menos numeroso de mecanismos de solución de los litigios, entendiendo como tales todas las instancias susceptibles de funcionar como tercera parte, o sea, como instancias decisorias exteriores a las partes en litigio. Ellas son muy variables según la oficialidad, la formalidad, el acceso, la especialización, la eficacia, la eficiencia, la distancia cultural, etc. En general los jueces tienden a ocupar uno de los extremos en muchas de esas dimensiones. De todos los mecanismos de solución de litigios disponibles, los jueces tienden a ser los más formales, los más especializados y los más inaccesibles. En cuanto a las otras dimensiones, su posición varía mucho de país a país y de un área de litigio a otra.

No sorprende que, antes de recurrir a los jueces, las partes de un litigio intenten, siempre que sea posible, solucionado con instancias no oficiales más accesibles, más informales, menos distantes culturalmente, y que garanticen un nivel aceptable de eficacia: desde un familiar o vecino respetado hasta una organización comunitaria, centro de conciliación, asociación o club disponible; o incluso un profesional, sea éste un abogado, un terapeuta, un sacerdote, un asistente social, un médico o un profesor. Todos son potencialmente terceras partes y pueden en efecto funcionar como tales dependiendo de muchos factores. La elección tiene que ver sobre todo con las relaciones existentes entre las partes en litigio, con el área social del litigio, con los niveles de socialización de ambas partes, con mecanismos de solución y con los medios de que disponen para realizar la selección en las mejores condiciones.

Factores económicos, sociales y culturales de distinto orden convergen en la selección de una determinada tercera parte. La selección muchas veces sólo es visible a nivel agregado, pues a nivel de las decisiones individuales no existe muchas veces un gran campo para escoger, una vez que el mecanismo utilizado surge como el único disponible o adecuado. Por esta razón las soluciones sugeridas o decididas por las terceras partes son aceptadas de una manera general, aunque no dispongan de ningún medio formal para imponer sus

⁴⁸ Aubert, *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution*, 26 *Journal of Conflict Resolution*, 1963, p. 33, y *Ibíd.*,

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

decisiones. El acatamiento de la decisión puede surgir de consideraciones de oportunidad y del cálculo de los costes, en el caso de no ser acatada, pero muchas veces tiene su origen en la propia autoridad que decide.⁴⁹

Las distinciones posibles entre las terceras partes son muchas. En cuanto a los poderes de decisión se distinguen tres tipos principales de solución de los litigios por tercera parte, mediación, arbitraje y adjudicación. De manera ideal, en la mediación la tercera parte no decide y ni siquiera propone una decisión *motu proprio*, limitándose a aproximar progresivamente las posiciones de las partes en litigio hasta reducir a cero la contradicción o la diferencia entre ellas. Al contrario, en el arbitraje la tercera parte es designada por las partes para emitir una decisión vinculante sobre las pretensiones de las partes y tal como éstas la formularon. En la adjudicación la decisión vinculable no surge del mandato de las partes sino del orden jurídico al que están sujetas.

En relación con el estilo decisivo, y en articulación con los poderes de quien decide se suele distinguir entre decisiones mínimas y de suma cero.⁵⁰ Las primeras buscan maximizar el compromiso entre las pretensiones opuestas, de modo que la distancia entre quien gana y quien pierde sea mínima y, si es posible, nula. Las decisiones de suma cero, o decisiones de adjudicación, son aquellas que maximizan la distinción y la distancia entre la pretensión acogida y la rechazada y, por lo tanto, entre quien gana y quien pierde.

En cuanto a los recursos normativos de los que se sirve la tercera parte para decidir, pueden ser de naturaleza jurídica, técnico-profesional o ética. Desde un punto de vista sociológico, las sociedades son jurídicamente plurales en la medida en que el derecho oficial coexiste con otros derechos que circulan de manera extraoficial en la sociedad, en el ámbito de relaciones sociales específicas, tales como las relaciones de familia, de producción y trabajo, de vecindario, etc. Esta normativa es movilizadada con frecuencia por los mecanismos informales de solución de conflictos. Lo normativo está sólo implícito en el caso de los criterios profesionales, técnico-deontológicos, que tienden a ser accionados en litigios emergentes de relaciones profesionales. Pero en casi todos estos mecanismos, aunque en unos más que en otros, se da el recurso a los criterios éticos dominantes que intervienen en constelaciones de sentido mucho más complejas y donde figuran también normas jurídicas y criterios técnico-profesionales.

El predominio de uno o de otro tipo de mecanismos de solución varía de país a país, pero tiene siempre mucho que ver con los tipos dominantes de relaciones sociales (relaciones complejas más o menos duraderas, más o menos profundas, etc.) y de cultura jurídica. Una vez sometido a un mecanismo determinado de solución, cualquiera que sea su tipo, el litigio es transformado por los poderes, estilos y recursos normativos del mecanismo antes de ser solucionado de manera eventual por él. El familiar, el terapeuta, el vecino, la asociación, la iglesia, cada uno de ellos a su manera, reformula, expande o contrae el litigio a medida que se informa sobre él, a fin de adecuado al tipo de soluciones que puede, de manera creíble,

⁴⁹ Sobre los mecanismos de solución de litigios en las llamadas favelas de Río, Cfr., entre otros, Santos, 1977, y Junqueira y Rodrigues, "Pasargada Revisitada", Sociología Problemas e Práticas, 1992, 12, pp. 9-12.

⁵⁰ Sobre este tema Cfr., en especial, Nader, 1990; también, Gulliver, 1979.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

emitir a la luz de sus poderes, estilos y recorridos normativos.⁵¹ La solución del litigio puede darse y ser aceptada, caso en el cual la trayectoria del litigio llega a su fin. Y lo mismo ocurre si la parte lesionada se resigna ante la ausencia de solución o ante una solución que, a pesar de inícia, siente que no puede rechazar.

Si ninguna de estas situaciones se da, el mecanismo de solución habrá fracasado en sus propósitos y la trayectoria del litigio prosigue, y con un nivel de polarización eventualmente todavía más elevado. Y puede seguir, ya sea para someterse a otros mecanismos de solución informal o extraoficial, ya para someterse a los jueces. En el primer caso, el análisis seguirá los pasos que acabamos de dar. En el segundo caso entramos en el ámbito de la judicialización oficial del litigio. El recurso a la justicia en cuanto instancia privilegiada y especializada de solución de litigios en las sociedades contemporáneas se da así en un campo de alternativas variadas de solución y de tal modo que el juzgado de primera instancia, llamado a solucionar el litigio, es sociológicamente casi siempre una instancia de recurso, es decir, es accionado después de haber fracasado otros mecanismos informales utilizados en un primer intento de solución. Este hecho es crucial para entender el desempeño judicial, en la medida en que se muestra que éste no sucede en un vacío social, ni significa el punto cero de la solución del litigio a resolver.

La intervención del juez es sin duda un momento crucial en la historia de la vida de un litigio, pero de ninguna manera agota la comprensión de éste en toda su riqueza y dimensión. Por otro lado, el significado sociopolítico del desempeño judicial no puede ser el mismo en un país donde abundan y son eficaces los mecanismos informales de solución de litigios que en otro donde esto no sucede. Otro tanto se puede decir, dentro del mismo país, de las diferentes áreas de práctica social, algunas con vastos recursos de solución informal y otras con ninguno. Así por ejemplo, tales recursos son en principio más vastos en la familia que en la fábrica y en ésta más vastos que en la práctica criminal. Pero, como ya afirmamos, los recursos de solución de litigios de una determinada sociedad deben ser vistos en su conjunto y en el conjunto de sus múltiples interacciones cruzadas. A modo de ilustración, la falta de acceso a la justicia, su pobre desempeño o su irrelevancia en la sociedad pueden deberse en parte a la abundante existencia de mecanismos informales, accesibles y eficaces en esa sociedad, como resultado del dominio de una cultura jurídica de fuga al litigio judicial. Pero, por otro lado, la existencia de tales mecanismos alternativos, lejos de resultar de una preferencia cultural, puede ser sólo el fruto de una solución de segunda categoría, en función de la inaccesibilidad de los tribunales.

Una vez franqueada la puerta del juzgado, la intensidad del uso de este mecanismo de solución puede variar todavía más. El proceso de transformación del litigio en el seno de los mecanismos de solución informales que eventualmente intervinieron y fracasaron en anteriores momentos sigue ahora, y con mucha más intensidad, debido al carácter especializado y profesional de la intervención judicial. Se trata, en las sociedades contemporáneas de raíz liberal, de un mecanismo maximalista que tiene oficialmente el monopolio de la solución de los litigios y que dispone de poderes totales para imponer su decisión. De ahí que privilegie un estilo de decisiones de tipo suma-cero, sin poner en riesgo

⁵¹ Sobre los procesos de transformación de los litigios, Cfr., Felstiner, Abel y Sarat, 1980, p. 81; Pastor, 1993, p. 113 ss., y Blankenburg, 1994a, p. 691 ss.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

su solidez institucional por el hecho de llevar al extremo la polarización entre perdedores y ganadores.

Por el contrario, su solidez se alimenta de este extremismo. El mismo maximalismo es responsable de un recurso exclusivo a criterios jurídicos, lo más estrictamente definidos y siempre con referencia exclusiva al derecho oficial, dejando fuera, por ser irrelevante, toda la normativa jurídica no oficial.

La transformación judicial a que se somete el litigio realmente empieza cuando se consulta al abogado y se contratan sus servicios. Ahí puede verse cómo la transformación judicial crea nuevas alternativas de solución, algunas de las cuales tienen un fuerte componente extrajudicial. Por ejemplo, es posible que el abogado se transforme él mismo en un mecanismo de solución del litigio buscando, por ejemplo, el acuerdo entre las partes. Si esto no ocurre o no tiene éxito, el juez interviene, pero su intervención sólo asume el máximo de intensidad cuando el litigio sigue hasta el juicio, donde es resuelto. En muchas situaciones tal hecho no ocurre porque las partes desisten o llegan a un acuerdo, promovido o no por el propio juez. En algunos casos tal promoción es obligatoria. En la mayoría de ellos se trata de una estrategia que ha venido a ser cada vez más utilizada por los jueces con el objetivo de aliviar la sobrecarga de trabajo o el bloqueo del juzgado. Galanter y otros han llamado la atención acerca del papel de mediador y de árbitro que el juez asume últimamente y que ejerce al margen de las normas procesales que supuestamente deben regular su actuación.⁵² Muchas veces, esta actividad de mediar está en contra de los deseos de las partes, pero otras veces es sugerida por el juez con una dosis mayor o menor de imposición. En realidad, la punta de la pirámide está constituida por los litigios que son solucionados por enjuiciamiento (Figura 1), dejando de lado el diminuto porcentaje de los litigios que sólo son resueltos en la instancia de recurso. Esta punta varía de sociedad a sociedad. Reglas procesales y culturas jurídicas, judiciales y de abogacía diferentes hacen que sea diferente de sociedad a sociedad el porcentaje de acciones que son decididas por enjuiciamiento. Existen sistemas judiciales que incentivan y otros que desestimulan los enjuiciamientos, y, en cualquiera de los casos, pueden hacerla, como ya sugerimos, por medios formales o informales, oficiales o no.

⁵² Galanter, *The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases*. Madison: University of Wisconsin-Madison, Law School, Working Paper, 1984, "... A settlement, not a trial judge: Judicial mediation in the United States", en Shetreet (ed.), *The Role of Courts in Society*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988, pp. 295 - 318 Y Rohl, *The Judge as a Mediator*. Madison: University of Wisconsin – Madison Law School. Working Paper, n.º 9, 1983

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA



Figura 1. Pirámide de los litigios y su solución

7. CONCLUSIÓN

Este capítulo debe ser leído en consonancia con el capítulo 7. En ellos intento, desde dos perspectivas diferentes, determinar el lugar de los tribunales en la sociedad y el Estado modernos y su evolución en las diferentes fases del desarrollo capitalista. La contribución de los tribunales a la legitimación del Estado moderno ha sido siempre compleja -teniendo presentes las diferentes funciones de los tribunales: instrumentales, políticas y simbólicas- y problemática, en la medida en que la propia legitimidad de los tribunales es cuestionada cuando la actividad judicial colisiona con la de los otros órganos soberanos. A pesar de que la situación es muy distinta en los países centrales, periféricos y semiperiféricos, hoy por hoy asistimos a un incremento del protagonismo político de los tribunales. La judicialización de la política está produciendo la politización de los tribunales. Los factores que explican estos cambios son analizados en el capítulo 7. Los factores globales interactúan con condiciones que varían de país en país y de los cuales distingo dos: la cultura jurídica dominante y el lugar específico de los tribunales en el paisaje mucho más amplio de los mecanismos de resolución de litigios, formales e informales, oficiales y no oficiales, existentes en la sociedad. Este lugar es muy distinto en los países centrales y en los países periféricos. Una ilustración de este lugar de los tribunales en un país periférico, Mozambique, es analizada en el capítulo 5. De los mecanismos no-judiciales de resolución de litigios hago un análisis más detallado en el capítulo 4.

[Escribir texto]

SOCIOLOGIA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

BIBLIOGRAFÍA

(1998d), *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Santafé de Bogotá: Uniandes /Siglo del Hombre.