

# Sociología jurídica

Teoría y sociología  
del derecho en  
Estados Unidos

Mauricio García Villegas  
EDITOR

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales



*Por qué los "poseedores"  
salen adelante: especulaciones  
sobre los límites del  
cambio jurídico\**

MARC GALANTER

Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

Este ensayo intenta discernir algunos de los rasgos generales de un sistema jurídico como el estadounidense, con base en sus lugares comunes y en algunos aspectos poco sistemáticos de la bibliografía disponible. Nuestro interrogante, específicamente, es el siguiente: ¿Bajo qué condiciones puede el litigio ser redistributivo, tomando litigio en el sentido más amplio de presentación de demandas que han de ser decididas por juzgados (o instituciones análogas), y las amenazas, fintas y similares que rodean en la penumbra estas demandas?

Para efectos del presente análisis, consideremos el sistema jurídico como compuesto de los siguientes elementos:

*Reglas:* Cuerpo de aprendizaje normativo autorizado.

*Juzgados/tribunales:* Conjunto de establecimientos institucionales en los cuales se aplica este aprendizaje normativo a casos específicos.

*Abogados:* Conjunto de personas con habilidades especializadas en lo anterior.

*Partes:* Personas o grupos con demandas que pueden presentar ante los juzgados en relación con las reglas, etc.

Supongamos también lo siguiente acerca de la sociedad y del sistema jurídico:

Es una sociedad en la cual los actores, de poder y riqueza variables, se encuentran constantemente en relaciones competitivas o parcialmente cooperativas en las cuales tienen intereses opuestos.

Esta sociedad tiene un sistema jurídico en el cual un amplio espectro de disputas y conflictos es dirimido por los juzgados o entidades similares, los cuales pretenden aplicar normas generales preexistentes de manera imparcial (esto es, sin verse afectados por la identidad de las partes).

Las reglas y procedimientos de estas instituciones son complejos; cuando es posible, las unidades en disputa utilizan intermediarios especializados en su manejo.

La decisión sobre cuáles reglas aplicar en los juzgados se toma en parte durante el proceso de adjudicación (los juzgados diseñan reglas intersticiales, combinan diversas reglas y aplican reglas viejas a situaciones nuevas). Hay una tradición viva de este trabajo sobre las reglas y un sistema de comunicación tal que los resultados en algunos de los casos juzgados afectan el resultado de casos futuros.

Los recursos de las instituciones son insuficientes para una adjudicación oportuna y cabal en todos los casos, así que a las partes se les

permite —e incluso se les anima a hacerlo— no presentar demandas y "conciliar", esto es, negociar un resultado mutuamente aceptable.

Existen diferentes niveles de entidades: unas "superiores" que promulgan (hacen, interpretan) las reglas y otras "inferiores" a las que se les asigna la responsabilidad de hacer cumplir (implementar, aplicar) estas reglas. (Aun cuando hay cierta superposición de funciones tanto en la teoría como en la práctica, las trataré como entidades "superiores" y "entidades rasas".)

No todas las reglas promulgadas por las entidades "superiores" son efectivas a nivel "raso" debido a imperfecciones en la comunicación, escasez de recursos, de personal entrenado, de compromiso, de entendimiento, etc. La eficiencia al nivel raso se designará como "penetración".

### I. Una tipología de las partes

La mayoría de los análisis del sistema jurídico comienzan con las reglas y siguen con las entidades institucionales para determinar qué efectos tienen las reglas sobre las partes. Me gustaría invertir el procedimiento y mirar desde el otro lado del telescopio. Pensemos en los diferentes tipos de partes y en el efecto de estas diferencias en la manera como funciona el sistema.

Gracias a las diferencias en su tamaño y en sus recursos y a las diferencias en el estado del derecho, algunos de los actores sociales tienen muchas oportunidades de usar los juzgados para presentar y defender demandas mientras que otros lo hacen sólo rara vez. Podemos dividir a nuestros actores en aquellos demandantes que sólo ocasionalmente recurren a los juzgados (demandantes ocasionales: DO) y quienes recurren con frecuencia a ellos (demandantes frecuentes: DF), y se involucran en muchos litigios similares en el transcurso del tiempo. Son DO la pareja de un caso de divorcio, quien demanda por lesiones de tránsito, el criminal acusado; son DF la compañía de seguros, el fiscal, la compañía financiera. Obviamente, se trata de una simplificación excesiva; hay casos intermedios, tales como los del criminal profesional. Deberíamos pensar que DO-DF es un continuo y no una dicotomía. El grupo de DF conforma típicamente una unidad más grande y lo que está en juego en cada caso es menor (en relación con el valor total). Los DO conforman unidades más pequeñas y lo que está en juego, representado por el resultado tangible de estos casos, puede ser alto en relación con el valor total, como sucede en el caso de una víctima de lesiones o del criminal acusado. Los DO también padecen del problema contrario: sus demandas pueden ser tan insignificantes e inmanejables (el consumidor estafado, o el

dueño de los derechos de interpretación), que el costo de poner en práctica sus derechos supera en mucho las posibilidades de obtener un beneficio (Finklestein, 1954: 284-86).

Podemos refinar nuestro concepto de DF y convertirlo en un "tipo ideal" —una unidad que ha tenido y tendrá litigios frecuentes, que tiene poco que perder en el resultado de un caso particular cualquiera, y que dispone de recursos suficientes para defender sus intereses a largo plazo. Un DO, por el contrario, es una unidad cuyas demandas son excesivamente grandes (en relación con su tamaño) o demasiado insignificantes (en relación con el costo de la solución) como para manejarlas de una manera rutinaria y racional.

Podemos suponer entonces que un DF participará en el juego del litigio de una manera diferente a un DO. Consideremos algunas de sus ventajas:

- 1) El DF, al haberlo hecho antes, tiene una comprensión avanzada; puede estructurar la transacción siguiente y construir un archivo, ya que es quien redacta la forma del contrato, exige un depósito de seguridad y cosas semejantes.
- 2) Los DF desarrollan cierta pericia y tienen fácil acceso a los especialistas. Disfrutan de economías de escala y tienen costos bajos para iniciar cualquier pleito.
- 3) Los DF tienen la oportunidad de desarrollar relaciones informales facilitadoras con los funcionarios institucionales.
- 4) Los DF deben establecer y mantener su credibilidad como opositores. Su interés en esta "reputación para negociar" sirve como un recurso para establecer, y quizás incluso para intensificar "compromisos" con sus posiciones de negociación. Por el contrario, el DO, al no tener una reputación semejante que mantener, tiene más dificultades para comprometerse convincentemente en la negociación.
- 5) Los DF pueden arriesgarse; en cambio, cuanto más grande sea el asunto que esté en juego para el DO, más probable es que adopte una estrategia "minimax" (minimizar la probabilidad de la pérdida máxima). Para los DF, si lo que está en juego es relativamente menos importante, éstos pueden adoptar estrategias calculadas para maximizar sus beneficios en una larga serie de casos, incluso cuando esto implica el riesgo de la máxima pérdida en algunos.
- 6) Los DF pueden tratar de incidir en las reglas y en los beneficios inmediatos. A un DF le conviene dedicar recursos para influir en la redacción de las reglas pertinentes mediante métodos tales como el cabildeo (y su pericia acumulada le permite hacerlo persuasivamente).

7) Los DF también pueden tratar de incidir en las reglas mismas del litigio, mientras que es poco probable que un DO lo haga. Esto es, hay una diferencia en lo que consideran como un resultado favorable. Dado que para el DO lo que está en juego en el resultado inmediato es alto, y dado que, por definición, éste no está interesado en el resultado de litigios similares en el futuro, el DO tendrá poco interés en los elementos del resultado que puedan influir en la disposición de quien juzgará en casos futuros. Para el DF, por el contrario, cualquier cosa que pueda incidir favorablemente en los resultados de casos posteriores es un resultado valioso. Entre más importante sea lo que esté en juego para cualquier litigante, y menor sea la posibilidad de una repetición, menor será la posibilidad de que se preocupe por las reglas que gobiernan casos futuros del mismo tipo. Consideremos, por ejemplo, los casos de una pareja que se enfrenta por la custodia de su único hijo; un boxeador profesional contra la administración de impuestos por pagos atrasados; un convicto que enfrenta una sentencia de muerte. Por otra parte, el litigante que no está arriesgando mayor cosa en un caso dado pero que tiene perspectivas de atender casos similares en el futuro (la administración de impuestos, la agencia de adopciones, el fiscal) puede estar más interesado en sus implicaciones para el derecho.

Por consiguiente, si analizamos los resultados de un caso con un componente tangible y un componente normativo, podemos esperar que, en el primer caso, el DO intentará maximizar el beneficio tangible. Pero si el DF está interesado en maximizar sus beneficios en una serie de casos, puede estar dispuesto a negociar un beneficio tangible en un caso particular a cambio de un beneficio normativo (o minimizar una pérdida normativa). Supusimos que las facilidades institucionales para el litigio estaban sobrecargadas y que prevalecían los acuerdos negociados. Esperaríamos entonces que los DF "negociaran" aquellos casos en los que anticipan resultados desfavorables. Puesto que esperan litigar de nuevo, los DF pueden optar por adjudicar (o apelar) aquellos casos donde consideran que es más probable producir reglas favorables. Por otra parte, los DO deberían estar dispuestos a negociar la posibilidad de hacer "buenas leyes" a cambio de beneficios tangibles. Así, esperaríamos que el cuerpo de casos "precedentes" —esto es, casos capaces de incidir en el resultado de casos futuros— sea favorable para los DF.

condiciones de discernir qué reglas probablemente "penetrarán" y cuáles no sean más que compromisos simbólicos. Los DF pueden concentrar sus recursos en los cambios de reglas que con probabilidad hagan una diferencia tangible. Pueden negociar derrotas simbólicas a cambio de beneficios tangibles.

9) Puesto que la penetración depende parcialmente de los recursos de las partes (conocimiento, atención, servicios especializados, dinero), es más probable que los DF puedan invertir los recursos correspondientes necesarios para asegurar la penetración de las reglas que les son favorables.

Con lo anterior no se sugiere que los DF sean equivalentes a los "poseedores" (en términos de poder, riqueza y posición) ni los DO a los "desposeídos"; pero en el contexto estadounidense, la mayor parte de los DF son más grandes y ricos que la mayor parte de los DO, así que estas categorías se superponen, aunque hay obvias excepciones. Los DF pueden ser "desposeídos" (vagos alcohólicos) o pueden actuar como adalides de los "desposeídos" (como lo hace el gobierno cada cierto tiempo); los DO, tales como los criminales acusados, pueden ser ricos. Lo que hace este análisis es definir una posición ventajosa en la configuración de las partes litigantes e indicar cómo quienes poseen otras ventajas tienden a ocupar esta posición ventajosa y reforzar e incrementar así sus otras ventajas. Esta posición favorecida es una de las maneras como un sistema jurídico, que formalmente asume una posición neutral entre "poseedores" y "desposeídos", puede aumentar y perpetuar las ventajas de los primeros.

Hemos postulado que los DO serán relativamente indiferentes a los resultados referentes a las reglas en casos particulares. Pero podríamos esperar que el nivel absoluto de interés variara en diferentes poblaciones: en algunas puede haber una preocupación intensa y difundida por garantizar reivindicaciones de acuerdo con las reglas oficiales que sobrepasa el interés por los resultados tangibles de las disputas; en otras, los resultados normativos pueden ser un asunto relativamente indiferente comparado con los resultados tangibles. El nivel y distribución de este "interés normativo" puede afectar las posiciones estratégicas relativas de DO y DF. Entre más inclinada a un interés normativo sea una población, por ejemplo, menos se esperaría una ventaja de los DF en el manejo de la política de conciliación.

No obstante, tal inclinación hacia la normatividad o ansia de reivindi-

sición para recurrir a sistemas públicos de solución de conflictos en primer lugar, y de una alta valoración de las normas oficiales como objetos simbólicos. Además de la relativa preocupación por los resultados normativos, podemos esperar que las poblaciones difieran en su evaluación de lo apropiado y lo gratificante que sea litigar. Tales actitudes pueden afectar la situación estratégica de las partes. Por ejemplo, entre mayor sea el desagrado de una población frente al litigio, mayores serán las barreras para que los DO presenten o defiendan demandas, y mayores las ventajas de los DF—suponiendo que tales sentimientos afecten más a los DO, quienes probablemente serán personas naturales, más que a los DF que, por el contrario, seguramente serán personas jurídicas.

No puede esperarse que las variaciones observadas en la disposición para recurrir a los tribunales públicos refleje directamente una “conciencia de los derechos” o deseo de reivindicación en términos de normas autorizadas. Consideremos la afirmación de que la baja tasa de litigio en Japón obedece a un bajo “sentido de derechos justiciables”, con la implicación de que la tasa alta que se da en Estados Unidos deriva de tal conciencia de esos derechos. No obstante, la alta tasa de conciliaciones y la baja tasa de apelaciones en Estados Unidos no sugiere que este hecho deba verse como que esa Nación tenga una población con un gran interés en obtener victorias morales a través de su reivindicación oficial. Mayhew (1975) presenta una encuesta en la cual se les preguntó a algunos residentes del área de Detroit cómo desearían que se decidiera “su problema más grave”. Sólo una ínfima minoría (0% de problemas entre arrendatario y arrendador, 2% de problemas con los vecinos, 4% de problemas relativos a compras costosas, 9% de problemas relativos a la organización pública, 31% de problemas de discriminación) respondió que buscaba “justicia” o reivindicación de sus derechos jurídicos: “la mayoría respondió que buscaba resolver sus problemas de una manera más o menos expedita”.

Paradójicamente, una baja valoración de los resultados normativos en casos particulares puede coexistir con una alta valoración de las reglas como objetos simbólicos. Edelman (1967: capítulo 2) distingue entre audiencias remotas, difusas y desorganizadas, para las cuales las reglas son una fuente de gratificación simbólica, y audiencias atentas, directamente interesadas en los resultados tangibles de su aplicación. El deseo público de gratificación simbólica por la promulgación de normas no implica un deseo correspondiente de reivindicación oficial en términos de reglas en casos

TABLA 1  
Taxonomía del litigio por configuración estratégica de las partes

<p><b>1 DO versus DO</b> Padre <i>versus</i> madre (custodia) Esposo <i>versus</i> esposa (divorcio) Familia <i>versus</i> miembro de familia (interdicción) Familia <i>versus</i> familia (herencia) Socio <i>versus</i> socio</p>	<p><b>2 DF versus DO</b> Fiscal <i>versus</i> acusado Compañía financiera <i>versus</i> deudor Propietario <i>versus</i> arrendatario Administración de impuestos <i>versus</i> contribuyente Expropiador <i>versus</i> propietario</p>
<p><b>3 DO versus DF</b> Beneficiario <i>versus</i> asistencia social Concesionario <i>versus</i> fabricante Víctima de lesión <i>versus</i> compañía de seguros Arrendatario <i>versus</i> propietario Comprador <i>versus</i> proveedor Consumidor en quiebra <i>versus</i> acreedor Difamado <i>versus</i> editor</p>	<p><b>4 DF versus DF</b> Sindicato <i>versus</i> compañía Distribuidor de películas <i>versus</i> junta de censura Constructor <i>versus</i> municipio Agencia reguladora <i>versus</i> firmas de la industria regulada</p>

dos a considerar las reglas de manera instrumental, como bienes más bien que como fuentes de gratificación simbólica.

Pensamos que los litigios involucran por lo general diversas combinaciones de DO y DF. Entonces podemos construir una matriz semejante a la Tabla 1 y llenar las casillas con algunos ejemplos estadounidenses conocidos aunque aproximados. (Ignoramos por el momento que los términos DO y DF representan términos de un continuo y no una dicotomía.)

Con base en nuestros ejemplos incompletos y asistemáticos, podemos hacer algunas conjeturas acerca del contenido de la tabla:

**Casilla 1: DO *versus* DO**

Los ocupantes más numerosos de este espacio son las audiencias correspondientes a divorcios e interdicción judicial. La mayor parte (más del 90% de los divorcios, por ejemplo) no son disputados. Una gran parte de éstos son en realidad pseudolitigios—una conciliación entre las partes, ratificada a guisa de adjudicación. Cuando realmente hay litigio en la casilla 1, se trata a menudo de partes que poseen vínculos íntimos entre sí y que se disputan un bien que no puede compartirse, a menudo con matices de “rencor” y de “irracionalidad”. Se acude a los juzgados cuando se rompe una relación

La ley es invocada *ad hoc* e instrumentalmente por las partes. Puede haber un fuerte interés en la reivindicación, pero es poco probable que las partes tengan mayor interés en el estado del derecho a largo plazo (por ejemplo, custodia o perjuicio). Hay pocas apelaciones, pocos casos de prueba, poco gasto de recursos en el desarrollo de las normas. Es probable que la doctrina jurídica permanezca alejada de la práctica cotidiana y de las actitudes populares.

#### Casilla 2: DF versus DO

La mayoría de los litigios se encuentra en esta casilla —en efecto, contiene todos los casos numerosos con excepción de los casos de lesiones personales, interdicción judicial y divorcio. El derecho se utiliza para el procesamiento rutinario de demandas por partes para quienes el presentar tales demandas es una actividad comercial habitual. A menudo estos casos adoptan la forma de procesamiento masivo estereotipado con poco de la atención individual que merece una adjudicación elaborada. Incluso un gran número de casos se concilian de manera “informal”, donde la conciliación se ajusta al posible resultado del litigio (descontando el riesgo, el costo y la demora).

El estado de esta ley es de interés para el DF, mas no para los acusados DO. En cuanto la ley sea favorable al DF, se “sigue” de cerca en la práctica (sujeta a descuento por los costos de transacción del DF). Las transacciones se construyen de manera que se adecúen a las normas por parte de los acreedores, la policía, las juntas de circunscripción militar y otros DF. Las reglas que favorecen a los DO pueden ser aplicables con menos facilidad, puesto que éstos no planean por lo general las transacciones subyacentes, o son observadas con menos meticulosidad en la práctica, puesto que es poco probable que los DO estén tan dispuestos o estén en las mismas condiciones que los DF de invertir en asegurar la penetración de las reglas a nivel raso.

#### Casilla 3: DO versus DF

Estos casos son poco frecuentes, con excepción de los casos de lesiones personales, que se distinguen porque la libre entrada a la contienda está restringida por los honorarios contingentes. En los casos de lesiones por accidente de tránsito, el litigio está rutinizado y la conciliación se ajusta al posible resultado del litigio. Por fuera del campo de las lesiones personales, el litigio en esta casilla no es rutinario. Representa por lo general un intento por parte de algún DO de invocar ayuda externa para nivelarse

se encuentra ahora en el punto del divorcio (por ejemplo, el empleado despedido o la persona a quien se le cancela una franquicia).

El DO por lo general tiene poco interés por el estado del derecho; el DF, por el contrario, se interesa muchísimo por él.

#### Casilla 4: DF versus DF

Consideremos primero el caso general y luego varios casos especiales. Podríamos esperar que hubiera poco litigio en esta casilla, porque, en la medida en que dos DF interactúan entre sí con frecuencia, la expectativa de una interacción continua mutuamente beneficiosa da lugar a controles bilaterales informales. Esto parece haber sido confirmado por los estudios sobre las negociaciones entre hombres de negocios y en relaciones laborales. Las agencias oficiales son invocadas por los sindicatos que tratan de establecerse y por los gerentes que tratan de impedirselo, y, con menos frecuencia, entre socios que negocian. Las unidades con relaciones mutuamente beneficiosas no saldan sus diferencias en los tribunales. Cuando recurren a terceros para la solución de conflictos, es probable que lo hagan alejándose de las sentencias oficiales (arbitramentos o tribunales domésticos) y aplicando más bien reglas locales y no oficiales.

No obstante, hay varios casos especiales. En primer lugar, están aquellos DF que no buscan la promoción de intereses tangibles, sino la reivindicación de compromisos culturales fundamentales. Un ejemplo de ello serían las organizaciones que promueven buena parte de los litigios entre Iglesia y Estado. Cuando los DF se disputan por diferencias de valor (quién tiene la razón) y no por conflictos de interés (quién obtiene qué), hay menos tendencia a conciliar y menos fundamento para desarrollar un sistema privado de conciliación.

En segundo lugar, el gobierno es un tipo especial de DF. Los controles informales dependen de la sanción definitiva de retirarse y la negación a continuar con relaciones beneficiosas. En la medida en que no es posible el retiro de una asociación futura cuando se trata del gobierno, el alcance de los controles informales se ve consiguientemente limitado. El desarrollo de relaciones informales entre agencias reguladoras y firmas reguladas es bien conocido. Los regulados pueden aplicar sanciones diferentes a las del retiro, por ejemplo, la oposición política. Pero entre más autocontenida sea la unidad de gobierno, menos efectiva será la sanción de retiro y mayor la probabilidad de que una de las partes intente invocar aliados externos a través del litigio, mientras mantenga a la vez la relación continuada.

tiva inmunidad del gobierno a las sanciones de retiro. Los DF en relaciones de monopolio ocasionalmente invocarán controles formales para demostrar destreza, dar credibilidad a las amenazas, y dar satisfacción a otras audiencias. Así, esperaríamos que el litigio por parte del gobierno y contra él sea más frecuente que en otras situaciones de DF *versus* DF. Hay una segunda razón para esperar más litigio cuando el gobierno es una de las partes. La noción de "ganancia" (política tanto como monetaria) es a menudo más contingente y problemática para las unidades gubernamentales que para otras partes, tales como negocios o grupos de interés organizados. En algunos casos, los tribunales, al proferir interpretaciones autorizadas de políticas públicas, pueden redefinir la idea que tiene una agencia de lo que es una ganancia. Por consiguiente, las partes gubernamentales pueden estar más dispuestas a transferir decisiones a los tribunales. Y los oponentes pueden tener más incentivos para litigar contra el gobierno, con la esperanza de asegurar un cambio en sus objetivos.

Un caso especial algo diferente se presenta cuando los oponentes son ambos DF, pero no negocian mutuamente con frecuencia (dos compañías de seguros, por ejemplo). En el caso de gobierno/monopolio, las partes estaban tan inextricablemente vinculadas entre sí, que la fuerza de los controles informales se veía limitada; en este caso no hay suficientes vínculos como para que puedan operar los controles informales; aquí no hay razón para retirarse. Por el contrario, el gran negocio de toda una vida que fracasa, la empresa marginal sí son fuentes típicas de litigio.

Cuando hay litigio en la situación DF *versus* DF, podemos esperar que haya grandes gastos en el desarrollo de las reglas, muchas apelaciones y una rápida elaboración de doctrina. Puesto que las partes pueden invertir para asegurar la implementación de normas favorables, podemos esperar que la práctica esté íntimamente articulada con las normas resultantes.

Con base en estas suposiciones preliminares, podemos esbozar un perfil general del litigio y de los factores asociados con él. El grueso del litigio se encuentra en la casilla 2, y un número mucho menor en la casilla 3. La mayor parte de éste es un procesamiento rutinario de conflictos entre partes que no se conocen (que no se encuentran en relaciones continuadas mutuamente beneficiosas), o que están divorciadas —y entre quienes hay disparidad de tamaño. Una de las partes es un "profesional" burocráticamente organizado (en el sentido de que lo hace para vivir), que disfruta de ventajas estratégicas. Los controles informales entre las partes son tenues o ineficaces; es probable que su relación haya sido establecida y definida por reglas

y son manipuladas selectivamente en favor de las partes. En las casillas 1 y 4, por el contrario, tenemos litigios menos frecuentes pero más individualizados entre partes de la misma magnitud general, entre las cuales hay o hubo relaciones continuas multifacéticas con los controles informales correspondientes. El litigio aparece cuando la relación pierde su valor futuro, su carácter de "monopolio" la priva de controles informales de suficiente poder y las partes invocan aliados externos para modificarla, o las partes buscan reivindicar valores en conflicto.

## II. Abogados

¿Qué sucede cuando introducimos a los abogados? A las partes que tienen un abogado les va mejor. Los abogados son ellos mismos DF. ¿Su presencia hace que las partes estén en iguales condiciones, eliminando la ventaja del cliente DF? ¿O más bien la existencia de los abogados amplifica las ventajas que posee el cliente DF? Podemos suponer que los DF, por cuanto tienden a ser unidades más grandes, pueden contratar servicios jurídicos con mayor regularidad, en mayor volumen, al por mayor con derechos de exclusividad y con tarifas más altas, obteniendo así servicios de mejor calidad. Tendrían más información (especialmente en aquellos casos en los que hay restricciones a la información sobre servicios jurídicos). Para comenzar, el DF no sólo dispondría de un mayor talento, sino que, en general, obtendría una mayor continuidad en el manejo de estos asuntos, mejores habilidades para llevar archivos, más capacidad para adelantar acciones preventivas o anticipatorias, más experiencia y destrezas especializadas en las áreas pertinentes y un mayor control sobre la asesoría jurídica.

Podríamos esperar que la medida exacta en que el factor de los servicios jurídicos aumente la ventaja del DF esté relacionada con la manera como fue organizada la profesión. En cuanto más miembros de la profesión se identifican con sus clientes (esto es, entre menos se distancian de sus clientes por lealtad a los tribunales o a una asociación autónoma), más se incrementa el desequilibrio. En cuanto más cercana y duradera sea la relación abogado/cliente, la lealtad primordial de los abogados será con sus clientes y no con los tribunales o asociaciones profesionales, y más dicentes serán las ventajas de la pericia acumulada y de la asesoría en la estrategia general.

¿Qué sucede con la especialización de la asociación de abogados? ¿No podríamos esperar que la existencia de tal especialización eliminara las ventajas

pios fines profesionales, estarían interesados en resultados ventajosos para toda una clase de DO? ¿Se convierte el especialista en el equivalente funcional del DF? Podemos dividir a los especialistas entre aquellos que se especializan según las ramas del derecho (patentes, divorcios, etc.), la parte representada (por ejemplo, asesor de empresa), o ambos (abogado de lesiones personales, penalistas, laboralistas). Los abogados de los casos de divorcio no se especializan en esposos o esposas, ni los abogados de finca raíz en compradores o vendedores. Pero los abogados laboralistas, los de impuestos y los de juicios relacionados con accionistas se especializan, no sólo en una rama del derecho, sino también según las partes representadas. Tales especialistas pueden representar DF o DO. La Tabla 2 ofrece ejemplos bien conocidos de ello.

La mayoría de las especializaciones sirve a las necesidades de clases específicas de DF. Aquellos especialistas que atienden a los DO tienen algunos rasgos distintivos.

En primer lugar, tienden a conformar los "escalones inferiores" de la profesión. Comparados con quienes ofrecen sus servicios a DF, los aboga-

TABLA 2  
Tipología de los especialistas jurídicos

ABOGADO			
	Especializado en la parte representada	Especializado en el área del derecho y en la parte representada	Especializado en el área del derecho
DF	Asesoría legal local o general para bancos, compañías de seguros, etc.	Fiscalía Acusados en casos de lesiones personales Asesoría legal para la NAACP	Patentes
	Asesoría legal corporativa para entidades gubernamentales	Impuestos Relaciones industriales/gerencia Cobros	
DO	Consultorios jurídicos populares Asesoría jurídica de caridad	Defensa criminal Abogados especializados en lesiones personales	Quiebras Divorcios

CLIENTES

dos de estas especialidades tienden a provenir de estratos socioeconómicos más bajos, han asistido a Facultades de Derecho locales, o de tiempo parcial, practican aisladamente y no en grandes firmas, y tienen bajo prestigio dentro de la profesión.

Segundo, los especialistas que representan DO tienden a experimentar dificultades en movilizar una clientela (debido a la insuficiente información de que disponen los DO), y enfrentan barreras "éticas", impuestas por la profesión, que prohíben ofrecer sus servicios, hacer publicidad, cobrar honorarios de remisión, buscar a los clientes, etc.

Tercero, el carácter episódico y aislado de la relación con clientes DO específicos tiende a sugerir una rama estereotipada y poco creativa de servicios jurídicos. Carlin y Howard (1965: 385) observan lo siguiente al respecto:

La calidad del servicio prestado a clientes más pobres... se ve afectada por el carácter no repetitivo de los asuntos que típicamente llevan los abogados (tales como divorcios, crímenes, lesiones personales). Esto, combinado con honorarios reducidos, propicia un procesamiento masivo de estos casos. Como resultado de ello, sólo se dedica una cantidad limitada de tiempo e interés a cada caso particular —hay pocos incentivos, o ninguno, para tratarlo como algo diferente de una pieza aislada de transacción jurídica. Además, por lo general no existe el deseo de ir mucho más allá del caso tal como lo presenta el cliente, y tales casos sólo se aceptan cuando hay una causal de acción clara; por ejemplo, cuando se ajustan a categorías jurídicas habituales y prometen una ganancia casi segura.

Cuarto, aun cuando ellos mismos son DF, estos especialistas tienen dificultades para desarrollar estrategias de optimización. Aquello que puede ser una buena estrategia para un abogado de una compañía de seguros, o para un fiscal —negociar unos casos para ganar en otros— se califica de inmoral cuando lo hace un abogado penalista o uno especializado en lesiones personales. No le está permitido jugar su serie de DO como si constituyeran un único DF.

Por otro lado, las exigencias del manejo rutinario y ordenado de una serie completa de DO pueden constreñir al abogado e impedirle maximizar las ventajas de cualquier DO específico. Rosenthal (1974) muestra que "para todas, con excepción de las demandas más grandes [de lesiones personales], un abogado pierde dinero si prepara minuciosamente un caso en lugar de

Para el abogado que atiende la clientela transitoria de DO, su "cliente" permanente es el tribunal, la contraparte, o el intermediario que suministra los clientes. Consideremos, por ejemplo, la dependencia del criminalista de mantener relaciones de cooperación con los diferentes miembros de los tribunales penales. Análogamente, Carlin (1962: 161-62) señala que entre los practicantes metropolitanos, cuya clientela está conformada por DO, hay una deformación de la lealtad hacia el intermediario.

En el caso de aquellos abogados que se especializan en lesiones personales, impuestos locales, cobros, derecho penal y, en cierta medida, casos de divorcio, la relación con el cliente... por lo general está mediada por un intermediario o persona que suministra negocios y que puede ser otro abogado o un lego. En estos campos de práctica, el abogado se preocupa principalmente por complacer al intermediario o por obtener su aprobación, más que por satisfacer a sus clientes individuales. La fuente de negocios por lo general cuenta más que el cliente, especialmente cuando es probable que el cliente no regrese otra vez o no envíe otros clientes. El cliente es, entonces, prescindible: puede ser explotado al máximo. Bajo estas condiciones, cuando un abogado recibe a un cliente... no ha ganado un cliente sino un negocio, y su actitud, a menudo, es la de quien está manejando una mercancía o desarrollando el volumen de cierto tipo de mercancía.

La existencia de una asociación especializada del lado de los DO debería cerrar la brecha en pericia, permitir algunas economías de escala, ofrecer compromisos para negociar y un trato personal. Pero esto no supera las ventajas estratégicas fundamentales de los DF—su capacidad de estructurar la transacción, correr riesgos e incidir en el desarrollo de las normas y en la política de cumplimiento de las mismas.

Los abogados especializados pueden, en virtud de su identificación con las partes, convertirse en cabildadores, empresarios morales, ser proponentes de reformas a nombre de las partes que representan. Pero los abogados tienen un interés cruzado en preservar la complejidad y la mística, así que el contacto del cliente con esta rama del derecho se torna problemático. No debería esperarse que los abogados fueran proponentes de reformas óptimas desde el punto de vista de los clientes tomados en sí mismos. Más bien, deberíamos esperar que busquen optimizar la posición de los clientes sin perjudicar la de los abogados. Por consiguiente, los abogados especializados tienen interés en un marco que preserve el problematismo

que mejoren la posición de sus clientes dentro de este marco. (Considérense los esfuerzos de cabildeo de los abogados dedicados a las lesiones personales y de los abogados defensores.) Es probable que se mezclen consideraciones de interés con compromisos ideológicos: la preferencia de los abogados por cuerpos complejos y afinados de reglas, los procedimientos adversarios, las decisiones jurídicas individualizadas caso por caso. Así como la cultura de la población de clientes afecta la posición estratégica, también lo hace la cultura profesional de los abogados.

### III. Servicios institucionales

Vemos entonces que las ventajas estratégicas de los DF pueden verse aumentadas por ventajas en la distribución de los servicios jurídicos. Ambas están relacionadas con las ventajas que confieren los rasgos básicos de los servicios institucionales para el manejo de las demandas: pasividad y sobrecarga.

Estas instituciones son pasivas, primero, en el sentido en que Black (1973: 141) las caracteriza como "reactivas"—deben ser movilizadas por el demandante—dando ventaja al demandante con información, capacidad de superar barreras de costos y habilidad para navegar entre requisitos procedimentales restrictivos. Son pasivas en el sentido ulterior de que una vez en el umbral, la carga recae en cada parte para proceder con su caso. El funcionario que preside actúa como árbitro, mientras que el desarrollo del caso, la recopilación de las pruebas y su presentación, se dejan a la iniciativa y recursos de las partes. Las partes se tratan como si tuviesen los mismos recursos económicos, oportunidades de investigación y habilidades jurídicas. Cuando, como sucede por lo general, no los tienen, entre más amplia sea la delegación a las partes, más grandes serán las ventajas conferidas a la parte más rica, más experimentada y mejor organizada.

Las ventajas que confiere la pasividad institucional se ven incrementadas por la sobrecarga crónica que caracteriza a estas instituciones. Por lo general, hay muchas más demandas que recursos institucionales para darles un tratamiento elaborado a cada una. De muchas maneras, la sobrecarga genera presiones en los demandantes para que concilien en lugar de iniciar un juicio:

- a) Debido a que causan demoras (reduciendo así el valor de lo que se recupera).
- b) Debido a que se elevan los costos (de mantener vigente el caso).
- c) Debido a que se induce a los funcionarios de las instituciones para

favor de las negociaciones, los procesos estereotipados y rutinarios.

d) Debido a que se induce al tribunal para adoptar reglas restrictivas y desanimar así el litigio.

De esta manera, la sobrecarga aumenta el costo y el riesgo del litigio y protege las reglas existentes, disminuyendo la oportunidad de un cambio normativo. Esto tiende a favorecer a los beneficiarios de las reglas existentes.

Segundo, al incrementar la dificultad de oponerse a la práctica vigente, la sobrecarga beneficia asimismo a quienes sacan provecho del descuido (o de la violación sistemática) de las reglas que favorecen a sus adversarios.

Tercero, la sobrecarga tiende a proteger al poseedor —a la parte que tiene el dinero o los bienes— y no al demandante. En la mayor parte de los casos, esto equivale a favorecer más a los DF que a los DO, puesto que, por lo general, los DF pueden estructurar transacciones que les permiten colocarse en la posición del poseedor.

Finalmente, la situación de sobrecarga significa que hay más compromisos en el sistema formal que recursos para respetarlos —más derechos y normas “en los libros” de los que pueden ser reivindicados o aplicados. Hay, entonces, problemas de prioridades en la asignación de recursos. Esperaríamos que los jueces, la policía, los administradores y otros gerentes de facilidades institucionales limitadas respondiesen mejor a sus electores más organizados, atentos e influyentes. De nuevo, estos tienden a ser DF.

Así, las instituciones sobrecargadas y pasivas crean el marco dentro del cual las ventajas de los DF respecto a su posición estratégica y a los servicios jurídicos de que disponen pueden tener su pleno alcance.

#### IV. Reglas

Suponemos aquí que las reglas tienden a favorecer intereses más antiguos, culturalmente dominantes. Con esto no se quiere decir que las reglas sean diseñadas explícitamente para favorecer tales intereses, sino más bien que aquellos grupos que han llegado a ser dominantes han articulado con éxito sus acciones a reglas preexistentes. En la medida en que las reglas son imparciales o favorecen a los “desposeídos”, los recursos limitados para su implementación serán asignados de manera que den un mayor efecto a aquellas reglas que protegen y promueven los intereses tangibles de grupos organizados e influyentes. Por otra parte, los requisitos del debido proceso, con sus barreras de protección contra la acción precipitada, tienden naturalmente a proteger al poseedor contra el litigio. Final-

TABLA 3  
Por qué los “poseedores” tienden a salir adelante

Elemento	Ventajas	Beneficiario
Partes representadas	Capacidad de estructurar transacciones Pericia especializada, economías de escala Estrategia a largo plazo Capacidad de manipular las reglas Credibilidad en la negociación Capacidad de invertir en la penetración	Demandantes frecuentes, grandes demandantes y demandantes profesionales*
Servicios jurídicos	Habilidad, especialización, continuidad	Organizados, profesionales*, adinerados
Instituciones	Pasividad Barreras de costo y demora Prioridades favorables	Adinerados, experimentados, organizados Poseedores Beneficiarios de reglas existentes Organizados, atentos
Reglas	Reglas favorables Barreras del debido proceso	Más antiguos, culturalmente dominantes Poseedores

\*En el sentido sencillo de “hacerlo para ganarse la vida”.

mente, las reglas son lo suficientemente complejas y problemáticas (o susceptibles de tornarse problemáticas si se dedican los recursos suficientes para hacerlo), para que las diferencias en la cantidad y la calidad de los servicios jurídicos afecten la capacidad de derivar ventajas de las reglas.

Llegamos así a la Tabla 3, donde se sintetiza por qué los “poseedores” tienden a salir adelante. Señala los niveles de ventajas de las que disfrutaban clases diferentes (pero superpuestas) de “poseedores” —ventajas que se en-

### V. Alternativas al sistema oficial

Hemos discutido la utilización del sistema oficial para presentar demandas o defenderse de ellas. En realidad, la utilización de este sistema por parte de los demandantes es una de varias alternativas a su disposición. Nuestro análisis debería considerar la relación entre las características del sistema total de litigio oficial y su uso, comparado con otras alternativas. Éstas incluyen, al menos, las siguientes:

1) Inacción: "Resignarse", no presentar demandas ni quejas. Esto lo hacen todo el tiempo "demandantes" que carecen de información o acceso, o quienes deciden deliberadamente que la ganancia es muy poca, el costo demasiado alto (incluyendo los costos psicológicos del litigio cuando tal actividad es repugnante). Los costos se elevan por falta de información o de habilidad y también incluyen riesgos. La inacción es común asimismo entre los demandantes oficiales (policía, entidades, fiscales) que disponen de información incompleta acerca de las violaciones de la ley, recursos limitados, políticas sobre *de minimus*, prioridades programadas, etc.

2) "Abandono": Retiro de una situación o relación al trasladarse, renunciar, romper las relaciones, encontrar nuevos socios, etc. Éste es, desde luego, un recurso muy común en muchos casos de litigio. Al igual que "la resignación", el abandono es también una opción para no utilizar otros mecanismos de solución; pero la posibilidad de ser utilizado como sanción puede ser importante para lograr el funcionamiento de otros mecanismos. El uso de la opción del "abandono" depende de la disponibilidad de oportunidades o socios alternos (e información acerca de ellos); los costos de retiro, transferencia y reubicación; el desarrollo de nuevas relaciones; la presión de la lealtad a acuerdos previos, y de la disponibilidad y costo de otras soluciones.

3) Recurrir a un sistema de control no oficial —estamos familiarizados con muchos casos en los que los conflictos se manejan por fuera del sistema de litigio oficial. Aquí distinguimos aquellos sistemas de solución de conflictos que son normativos y dependen institucionalmente del sistema oficial o son anexos a ellos (tales como la conciliación de lesiones por accidentes automovilísticos, manejo de cheques sin fondos), de aquellos que son relativamente independientes en relación con las normas y sanciones (tales como la forma en que los negociantes concilian sus conflictos *inter se*, grupos religiosos, pandillas).

Aquello que pudiéramos llamar sistemas de conciliación "anexos" se

clasificarlos según la medida en que la intervención oficial se aproxima a la modalidad adjudicativa. Encontramos un continuo desde las situaciones en las cuales las partes concilian entre ellas teniendo en cuenta las reglas y las sanciones oficiales, las situaciones donde se invoca la intervención oficial, aquellas situaciones donde la conciliación es supervisada y/o impuesta por funcionarios, hasta la adjudicación más elaborada. A lo largo de este continuo, la sanción es suministrada por el sistema oficial (aun cuando no siempre de la manera prescrita por la "ley superior"), y las normas o reglas aplicadas son versiones de las reglas oficiales, aun cuando limitadas por los costos de transacción y distorsionadas por el uso selectivo que se les da según los propósitos de las partes.

Diferenciamos de estos sistemas "anexos" de justicia oficial limitada y privatizada aquellos sistemas informales de "justicia privada" que invocan otras normas y otras sanciones. Tales sistemas de solución de conflictos son característicos entre personas que se encuentran en interacciones continuadas, tales como un grupo organizado, un negocio o una universidad. Al clasificar los diversos tipos según la medida y el modo de intervención de terceros, podemos distinguir dos dimensiones: la primera es el grado en el que las normas aplicables están formalmente articuladas, elaboradas y expuestas, esto es, el carácter cada vez más organizado de las normas. La segunda representa el grado en el cual se confiere iniciativa y autoridad obligante al tercero, esto es, el carácter cada vez más organizado de las sanciones.

Nuestra distinción entre sistemas de solución de conflictos "anexos" y "privados" no debe entenderse como una dicotomía radical, sino como un continuo dentro del cual podemos clasificar los diversos sistemas. Hay una clara distinción entre sistemas anexos como el de las lesiones de tránsito o los cheques sin fondos, y sistemas privados como la reglamentación interna de la mafia (Cressey, 1969: capítulos 8-9; Ianni, 1972), o de la comunidad china (Doo, 1973; Light, 1972: capítulo 5). Los aspectos de la reglamentación interna de las universidades, iglesias y grupos de comerciantes se encuentran en medio de los anteriores. Es como si pudiéramos visualizar una escala que va desde el sistema oficial de solución de conflictos, aquellos que se orientan hacia él a través de sistemas relativamente independientes basados en valores similares, hasta sistemas independientes basados en valores diferentes.

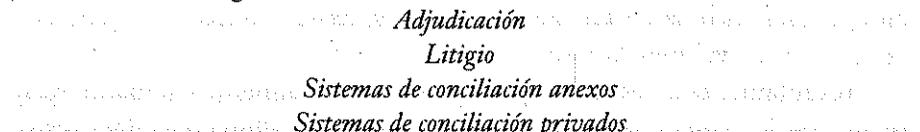
Presuntamente no es casual que algunos enfrentamientos humanos sean regulados de manera frecuente e influyente por el sistema oficial y sus sis-

frecuente el recurso al sistema oficial y a sus anexos. ¿Qué enfrentamientos humanos es probable que se estén regulando en el extremo "oficial" de la escala, y cuáles en el extremo "privado"? Suponemos que la ubicación en la escala propuesta obedece a factores que podemos sintetizar como la "densidad" de la relación. Así, entre más inclusiva en el espacio vital y en el tiempo sea la relación entre las partes, menos probable será que estas partes recurran al sistema oficial y más probable que la relación esté regulada por un sistema "privado" independiente. Esto parece plausible porque esperaríamos que relaciones inclusivas y duraderas creen la posibilidad de sanciones efectivas; y esperaríamos que quienes participan en estas relaciones compartan un consenso de valores que suministre criterios de conducta y legitime las sanciones en caso de desviación.

La prevalencia de los sistemas privados no necesariamente implica que encarnen valores o normas que compitan o se opongan a los del sistema oficial. Nuestro análisis no atribuye la pluralidad de los sistemas de solución de conflictos a diferencias culturales como tales. Implica que el sistema oficial se usa cuando hay una disparidad entre la estructura social y la norma cultural. Esto es, se usa cuando la interacción y la vulnerabilidad crean enfrentamientos y relaciones que no generan normas compartidas (que pueden ser insuficientemente compartidas o insuficientemente específicas) y/o no dan lugar a estructuras de grupo que permitan sancionar estas normas.

Es más, podemos conjeturar que, en general, los sistemas oficiales y anexos florecen en conexión con los conflictos entre aquellas partes de tamaño dispar que dan lugar a los litigios de las casillas 2 y 3 que aparecen en la Tabla 1. Por otra parte, es más probable que los sistemas de solución de conflictos privados manejen conflictos entre partes de tamaño comparable. Los litigios de las casillas 1 y 4 de la Tabla 1, por consiguiente, parecen representar en gran medida la ruptura (o el desarrollo inhibido) de los sistemas de solución de conflictos privados. En efecto, la distribución de los litigios es un reflejo de los sistemas privados disponibles. Pero el espejo es, por las diversas razones que hemos discutido aquí, un espejo que distorsiona.

Desde el punto de vista de la "ley superior", lo que hemos llamado el sistema oficial puede ser visualizado como las capas "superiores" de un iceberg jurídico masivo, algo así como:



Las capas desiguales e irregulares son específicas, aun cuando se fusionan imperceptiblemente unas en otras.

En cuanto procedemos a discutir posibles reformas del sistema oficial, consideraremos el tipo de impacto que tendrían sobre la totalidad del iceberg. Incluiremos algunas de las conexiones y los flujos entre las diversas capas, principalmente desde la perspectiva de la construcción misma del iceberg, pero teniendo en mente que los flujos y las conexiones están influenciados también por factores atmosféricos (culturales), tales como el deseo de reivindicación, el costo psicológico del litigio, la cultura de los abogados, y otros factores semejantes.

#### VI. Estrategias de reforma

Nuestra clasificación de cuatro niveles de ventajas (Tabla 3) sugiere una tipología de estrategias de "reforma" (entendida aquí como la búsqueda de la equidad —conferir ventajas relativas a quienes no disfrutaban antes de ellas). Llegamos luego a cuatro tipos de reformas para la igualdad:

- 1) Cambio de reglas.
- 2) Mejoramiento de la administración de la justicia.
- 3) Mejoramiento en cantidad y calidad de los servicios jurídicos.
- 4) Mejoramiento en la posición estratégica de las partes desposeídas.

Esbozaremos algunas de las posibles ramificaciones del cambio en cada uno de estos niveles en otras partes del sistema de litigio, y luego discutiremos la relación entre los cambios en el sistema de litigio y el resto de nuestro iceberg jurídico. Desde luego, no es preciso que tales reformas se apliquen individualmente, sino que pueden darse en diversas combinaciones. No obstante, para efectos de este ensayo, únicamente discutiremos cada tipo aisladamente y luego todos conjuntamente.

#### A. Cambio de reglas

Obtener un cambio de reglas favorable es un proceso costoso. Los diferentes tipos de "desposeídos" (Tabla 3) disponen de menos recursos para efectuar cambios a través de la legislación o de la elaboración de políticas por parte de la administración. Las ventajas de los organizados, los profesionales, los ricos y los atentos en estos foros son bien conocidas. El litigio, por otra parte, tiene una connotación de igualdad. Las partes son "iguales ante la ley", y las reglas del juego no les permiten desplegar todos sus recursos en el conflicto, sino que exigen que procedan dentro de las formas restrictivas del inicio. Así, el litigio es un ámbito especial-

can un cambio de reglas. Quienes buscan cambios a través de los tribunales tienden a representar intereses relativamente aislados, incapaces de sostenerse en foros más políticos.

El litigio, sin embargo, no puede constituirse fácilmente en una fuente de cambio de reglas para los "desposeídos". Su complejidad, la necesidad de una gran inversión de servicios jurídicos y las barreras de costos (intensificadas por la sobrecarga de las instituciones), hacen que la oposición a las reglas resulte onerosa. Es poco probable que los demandantes DO, con un alto interés en el resultado tangible, traten de obtener cambios de reglas. Por definición, un caso de prueba —un litigio deliberadamente diseñado para procurar cambio de reglas— es una empresa inconcebible para un DO. Hay algunas desviaciones de nuestro tipo ideal: los DO que atribuyen un gran valor a la reivindicación a través de las reglas oficiales, o aquellos cuya peculiar situación estratégica hace que tengan interés en perseguir victorias normativas. No obstante, por lo general, el caso de prueba implica alguna organización que los aproxima a un DE.

La arquitectura de los juzgados restringe severamente la escala y el alcance de los cambios que pueden introducirse en las reglas. La tradición y la ideología limitan el tipo de asuntos que se presentan ante ellos: no son patrones de prácticas, sino casos individuales; no son "problemas", sino casos enmarcados por las partes y presionados por los requisitos de carácter, caso o controversia, jurisdicción, etc. La tradición y la ideología limitan también el tipo de sentencia que puede emitirse. Así, los tribunales de *common law*, por ejemplo, emiten una sentencia de todo o nada, una vez para siempre, que debe ser justificada en términos de un cuerpo limitado (aunque flexible) de normas y técnicas. Por tradición, los juzgados no pueden ocuparse de problemas relativos al diseño de una nueva maquinaria reglamentaria o administrativa (y no poseen facultades de tributación ni de gasto para apoyarla); los tribunales están limitados a soluciones compatibles con el marco institucional existente. Así, es posible que incluso el juzgado más favorablemente inclinado no pueda efectuar aquellos cambios de reglas más útiles para una clase de "desposeídos".

El cambio de reglas puede hacer que el recurso a los juzgados sea más atractivo para los "desposeídos". Aparte de incrementar la posibilidad de resultados favorables, puede estimular la organización, la asociación y animar a los demandantes; puede distribuir directamente las recompensas simbólicas para los "desposeídos" (o para sus adalides); pero las recompensas tangibles no siempre se siguen de las simbólicas. En efecto, el

cruciales que los apoyan) puede disminuir la capacidad y el impulso a asegurar la redistribución de beneficios tangibles. Los cambios de reglas que se obtienen de los juzgados o de otras entidades superiores no penetran automáticamente y sin costo en otros niveles del sistema, como lo atestigua la creciente bibliografía sobre el impacto. Esto puede ser específicamente verdadero en el cambio de reglas asegurado mediante adjudicación, por varias razones:

1) Los juzgados no están equipados para evaluar sistemáticamente el problema del impacto o el de la penetración. Por lo general, los juzgados no disponen de facilidades para vigilar, controlar ni asegurar el cumplimiento sistemático de sus decretos. La tarea de control se les deja a las partes.

2) Los límites están incorporados a la aplicabilidad debido al carácter fragmentario de la adjudicación. Así, un abogado que trabaja por la Movilización de los Jóvenes, hace la siguiente reflexión:

¿Cuál es el valor último de ganar un caso de prueba? De muchas maneras, el resultado puede no ser claro... si las actuales leyes acerca de la residencia de los beneficiarios del bienestar fuesen invalidadas, es muy posible que otro tipo de ley al respecto surja en su lugar. No es muy difícil inventar una política que difiera un poco, formulada en otros términos, pero que busque lograr los mismos objetivos básicos. El resultado de los casos de prueba por lo general no se ejecuta por sí mismo... No basta con hacer que se invalide una ley o que se declare nula una política, si la entidad en cuestión puede producir una variante de esta política que no sea sustancialmente diferente pero sí lo suficientemente distinta como para protegerla de los efectos del mandato jurídico (Rothwax, 1969: 143).

3) Establecer artificialmente la igualdad de las partes ante la adjudicación mediante el aislamiento del pleno juego de las presiones políticas —la "igualdad" de las partes, la exclusión de materiales "impertinentes", la "independencia" de los jueces— significa que es más probable que los resultados difieran de la constelación existente de fuerzas políticas que las decisiones a las que se llega en foros desprovistos de tal aislamiento. Pero los recursos que no pueden ser empleados en el proceso judicial pueden reafirmarse en el escenario de la implementación, especialmente allí donde la sobrecarga institucional requiere otra ronda de toma de decisiones (qué recursos sean desplegados para implementar cuáles reglas) y/o la inversión de gastos privados para asegurar su implementación. La impotencia del cambio de reglas,

cesario depender de DO poco sofisticados para que utilicen las nuevas reglas favorables.

Cuando el cambio de reglas promulgado en la parte superior del sistema tiene un impacto en otros niveles, no debemos suponer ningún isomorfismo. El efecto sobre las instituciones y la posición estratégica de las partes puede diferir mucho de lo que podríamos predecir con base en el cambio de reglas. Por ejemplo, el estudio sobre la censura en el cine de Randall (1968), muestra que la liberalización de las reglas no hizo que las juntas de censura fuesen más circunspectas; por el contrario, muchas se cerraron y el viejo juego entre las juntas de censura y los distribuidores fue sustituido por un juego nuevo y más violento entre quienes exhiben las películas y las coaliciones entre el gobierno y grupos privados.

#### B. Mejora de la administración de justicia

Imaginemos un incremento tal en la administración de justicia para procesar demandas que hubiera una adjudicación elaborada y oportuna para toda demanda presentada —sin filas, demora ni estereotipos. La disminución en la demora bajaría los costos de los demandantes, eliminando esta ventaja para los demandantes poseedores. Quienes se vieran aliviados de la necesidad de descontar la recuperación por la demora tendrían más recursos para invertir en los servicios jurídicos. En la medida en que la conciliación hubiera sido inducida por la demora (y no por asegurarse contra el riesgo de pérdida inadmisibles), los demandantes se inclinarían a litigar más y a conciliar menos. Más litigios no estereotipados significaría más oposición, incluyendo más oposición a las reglas y mayor cambio de reglas. En la medida en que disminuyeran las rebajas, ninguna de las partes podría usar la política de conciliación para impedir la pérdida de reglas. Tales reformas, en su mayoría, beneficiarían a los DO, pero también mejorarían la posición de aquellos DF que todavía no están en la posición del poseedor, tales como el fiscal cuando el reo está libre bajo fianza.

Esto no implica cambio alguno en el tipo de facilidades institucionales. Hemos supuesto sencillamente una mayor disponibilidad en los juzgados de la variedad relativamente pasiva característica (al menos) de los sistemas de *common law*. Podemos imaginar instituciones que han incrementado su autoridad para solicitar y supervisar litigios, adelantar investigaciones, asegurar, recolectar y presentar pruebas, disfrutaran de una mayor flexibilidad en concebir resultados (tales como compromiso o mediación), y que tuvieran un personal para supervisar el cumplimiento de sus decretos. Podría espe-

cia de las partes y de las diferencias en la calidad y la cantidad de los servicios jurídicos. La capacidad intensificada para asegurar cumplimiento puede esperarse que reduzca las ventajas provenientes de las diferencias en la capacidad de invertir en hacer cumplir las reglas. Es superfluo señalar que tales reformas enfrentarían no sólo una resistencia por parte de los beneficiarios del actual estilo institucional pasivo, sino también una oposición ideológica masiva de parte de aquellos profesionales del derecho cuyo sentido fundamental de lo que es jurídicamente apropiado sería violado.

#### C. Mejora en los servicios jurídicos

La reforma aquí contemplada entraña un aumento en la cantidad y la calidad de los servicios jurídicos a los "desposeídos" (incluyendo una mayor disponibilidad de información sobre estos servicios), lo cual presuntamente bajaría los costos, eliminaría la ventaja de la pericia, produciría más litigios con resultados favorables para los "desposeídos", quizá con más apelaciones y mayor oposición a las reglas, más reglas nuevas a su favor. (El defensor público, la ayuda jurídica, los seguros jurídicos y los planes prepagados anticipan esta reforma de varias maneras.) En la medida en que los DO todavía tendrían que descontar la demora y el riesgo, sus ganancias estarían limitadas (y un aumento en el litigio puede significar demoras aún mayores). Bajo ciertas condiciones, un aumento en los servicios jurídicos puede usar la sobrecarga institucional como palanca en beneficio de los "desposeídos". El abogado para la Movilización de los Jóvenes al que aludimos antes observa:

Si el Departamento de Bienestar se apropia de un caso individual, esto se nos impide obtener un cambio en un principio legal, pero si les damos mil casos para que se apropien de ellos, aquella ley ha sido cambiada efectivamente, bien sea que la ley escrita cambie o no. La práctica ha cambiado; la administración ha cambiado; la actitud hacia el cliente ha cambiado. El valor de una carga pesada de casos es lo que permite poblar el proceso judicial. Permite ejercer una presión constante sobre la entidad con la que se negocia. Crea una fuerza que es necesario manejar, que tiene que ser tenida en cuenta en términos de las decisiones prospectivas que se adoptarán. Significa que ya no se es alguien que habrá desaparecido a la mañana siguiente, un caso aislado, sino una fuerza dentro de la comunidad que permanecerá activa una vez que se haya resuelto este caso particular. Como resultado de ello... hemos podido, por primera vez, participar junto con los beneficiarios del bienestar... en

El aumento en la cantidad de servicios jurídicos estuvo acompañado en este caso por una mayor coordinación y una mejor organización en el lado de los “desposeídos”, lo cual nos lleva al cuarto nivel de reforma.

#### D. Reorganización de las partes

La reforma contemplada aquí consiste en organizar a las partes “desposeídas” (cuya posición se aproxima a la de los DO) en grupos coherentes con capacidad de actuar de manera coordinada, utilizar estrategias a largo plazo, beneficiarse de servicios jurídicos de alta calidad, etc.

Imaginamos varias maneras para que los DO puedan llegar a conformar DF. Incluyen al agente negociador de una asociación de miembros (sindicatos, asociaciones de arrendatarios); al apoderado de derechos fragmentarios (asociaciones de derechos tales como ASCAP); al promotor de grupos de interés (NAACP, ACLU y grupos de acción ambiental). Todas estas formas implican mejorar la capacidad de manejar demandas mediante la recolección y el uso de información, el logro de continuidad y persistencia, el uso de la especialización, el ejercicio de la capacidad de negociación, etc. Estas ventajas se combinan con la intensificación de la posición estratégica de los DO, bien sea al agregar demandas que son demasiado insignificantes relativamente al costo de las soluciones (consumidores, personas sometidas a aire contaminado, detentores de derechos ejecutables), o bien reduciendo las demandas a un tamaño manejable mediante la acción colectiva para eliminar o compartir riesgos inadmisibles (arrendatarios, trabajadores emigrantes). Una forma más débil de organización sería establecer una agencia de información que diseñara una red de comunicación entre los DO. Esto reduciría los costos de información y haría que los DF se interesaran en el efecto que los DO pudieran tener sobre su reputación. Una instancia mínima de lo anterior es el “defensor del usuario en los medios” —el tipo de “línea de acción” de las columnas periodísticas. Finalmente, está la gubernamentalización —usar el derecho penal o el proceso administrativo para que un funcionario público se responsabilice de presionar el curso de las demandas que serían inmanejables en manos de demandantes privados.

Un grupo organizado no sólo puede asegurar mejor un cambio favorable de reglas, en los tribunales y en otros espacios, sino que también puede encargarse mejor de que estas reglas favorables sean implementadas. Puede invertir recursos en vigilancia, control, amenazas o litigios que resultarían

lla 4 de la Tabla 1. Ninguno disfrutaría de las ventajas de los DF sobre los DO. Uno de los posibles resultados, como lo hemos señalado en nuestra discusión de la situación DF *versus* DF, es la deslegalización, esto es, alejarse del sistema oficial hacia un sistema privado de solución de conflictos; otra sería un uso intensificado del sistema oficial.

Numerosos aspectos de la “legislación de interés público” pueden verse como aproximaciones a esta reforma. Las “acciones de clase” son un recurso que permite incrementar el riesgo de un DF, reduciendo su posición estratégica a la de un DO al hacer que no pueda arriesgarse a perder, mientras que, a la vez, coloca a los demandantes en una posición en la que disfrutan de las ventajas del DF sin que sea necesario que se organicen previamente. Análogamente, los aspectos de “organización comunitaria” de las leyes de interés público pueden ser vistos como un esfuerzo por crear unidades (arrendatarios, consumidores) que pueden jugar el juego del DF. Este cambio en la posición estratégica crea la posibilidad de usar una estrategia de casos de prueba para obtener cambios de reglas. Así, la “legislación de interés público” puede ser concebida como una combinación de organización comunitaria, acciones de clase y estrategias de casos de prueba, junto con un incremento en los servicios jurídicos.

#### VII. La reforma y el resto del iceberg

Las reformas del sistema oficial de litigio que hemos imaginado, conjuntamente, suministrarían reglas más favorables para los “desposeídos”. La reparación según las reglas oficiales, al no verse disminuida por demoras, incapacidad estratégica, disparidad de servicios jurídicos, etc., podría obtenerse cuando quiera que alguna de las partes la encontrara favorable. ¿Cómo podríamos esperar que afectara semejante mejoramiento de la maquinaria oficial al resto de nuestro iceberg jurídico?

Esperaríamos un mayor uso del sistema oficial. Quienes optaban por la inacción debido a la falta de información o a la barrera de costos, y quienes “conciliaban” desfavorablemente en uno de los sistemas “anexos”, en muchos casos encontrarían que el uso del sistema oficial les sería beneficioso. Los sistemas anexos, en la medida en que están contruidos con base en los costos de recurrir al sistema oficial, serían abandonados, o bien los resultados producidos por ellos se aproximarían a aquellos que genera la adjudicación.

Por otra parte, nuestras reformas, al organizar a los DO, crearían una serie de situaciones en las cuales ambas partes estarían organizadas para

muchas de las situaciones que ocupaban las casillas 2 y 3 de la Tabla 1 (DF *versus* DO, DO *versus* DF) —la fuente principal de litigios— se trasladarían ahora a la casilla 4 (DF *versus* DF). Observamos anteriormente que los DF que anticipan un trato continuo entre sí tienden a depender de controles bilaterales informales. Podríamos esperar, entonces, que el sistema oficial fuese abandonado en favor de sistemas privados de solución de conflictos.

Esperaríamos entonces que nuestras reformas produjeran un doble movimiento: el sistema oficial y sus anexos serían “legalizados”, mientras que la proliferación de sistemas privados “deslegalizaría” muchas relaciones. ¿Cuáles relaciones se moverían en qué dirección? Como una primera aproximación, esperaríamos que las relaciones menos “inclusivas”, manejadas actualmente por el litigio o los sistemas anexos, serían sujetas a la legalización, mientras que las relaciones que se encuentran al nivel más inclusivo de la escala serían privatizadas. Las relaciones entre extraños (casuales, episódicas, no recurrentes) serían legalizadas; relaciones más densas (recurrentes, inclusivas) entre partes serían candidatas para el desarrollo de los sistemas privados.

Nuestros análisis anteriores sugieren que el patrón puede ser más complejo. En primer lugar, por diversas razones, una clase de DO puede ser relativamente incapaz de organizarse. Su tamaño, relativo al tamaño y la distribución de los beneficios potenciales, puede requerir ingresos excesivamente grandes en coordinación y organización. Los intereses compartidos pueden ser insuficientemente respetables para ser reconocidos públicamente (las personas que roban en los almacenes y, hasta hace poco, los homosexuales). O bien los papeles recurrentes de los DO pueden ser asumidos por poblaciones cambiantes, para las cuales los lados de la transacción son intercambiables (por ejemplo, compradores y vendedores de propiedad raíz, conductores negligentes y víctimas de accidentes). Incluso en aquellos casos en los que los DO pueden organizarse, debemos recordar que no todos los enfrentamientos entre DF y DF llevan al desarrollo de un sistema privado de solución de conflictos. Hay DF comprometidos en conflictos de valores; existen relaciones con un aspecto gubernamental u otro aspecto monopolista en los que los controles informales fallan; y, finalmente están aquellos DF cuyos mutuos enfrentamientos no son recurrentes. En todos estos casos, podríamos esperar la legalización y no la privatización.

Cualquiera que sea el movimiento en un caso determinado, nuestras reformas implicarían cambios en la distribución del poder. Los DF ya no podrían usar sus ventajas estratégicas para invocar selectivamente la apli-

completa protección por costos y sobrecarga) cuando las reglas favorecen a sus oponentes DO.

La deslegalización (debida a la proliferación de soluciones privadas y sistemas de negociación) permitiría que muchas relaciones fuesen reguladas por normas y entendimientos que se apartan de las reglas oficiales. Estos sistemas de solución locales estarían aislados de la intervención de las reglas oficiales por el compromiso de las partes con su relación continuada. Así, la deslegalización implicaría una especie de pluralismo y de descentralización. Por otra parte, la “legalización” de los sistemas oficiales y de sus anexos equivaldría al colapso de cierto tipo de pluralismo y de descentralización endémica en la clase de sistema legal (no reformado) que hemos postulado. La actual prevalencia de los sistemas anexos y privados de solución refleja el hecho de que el uso del sistema oficial es ineficaz, engorroso y costoso. Tales características son a la vez una fuente y un escudo de cierto tipo de descentralización y pluralismo. Permiten una aplicación selectiva de la “ley superior” de una manera que, a nivel operativo, hace efectivas normas locales y preocupaciones que no son plenamente reconocidas por la “ley superior” (tales como el derecho a excluir vecinos de bajo estrato social, o el dominio de la policía en enfrentamientos con los ciudadanos). Si el aislamiento que permiten los costos de hacer que prevalezca la “ley superior” se erosionara, muchas de las relaciones se verían súbitamente expuestas a la “ley superior” y no a sus contrapartes locales. Podríamos esperar que esto generara nuevas presiones en favor del explícito reconocimiento de estos valores “subterráneos” o una descentralización explícita.

Las conjeturas anteriores acerca de la forma de un sistema jurídico “reformado” sugieren que consideremos de nuevo nuestro sistema actual, con su difundida disparidad entre normas y operaciones cotidianas. Un sistema jurídico moderno del tipo que postulamos se caracteriza estructuralmente por la unidad institucional, y culturalmente por el universalismo normativo. El poder de elaborar, aplicar y cambiar la ley se reserva a órganos públicos, organizados en relaciones jerárquicas unificadas, comprometidos con la aplicación de normas universalistas.

Los niveles más altos del derecho estadounidense, donde la tradición erudita se desarrolla, evidencian un énfasis constante en las virtudes de la uniformidad y la universalidad, así como un distintivo desagradado frente al particularismo, el compromiso y la discreción. No obstante, el apego cultural al universalismo se conjuga con la diversidad y el particularismo

Los rasgos no reformados del sistema jurídico aparecen entonces como un recurso para mantener la disociación parcial de la práctica cotidiana de estos compromisos institucionales y normativos. Estructuralmente (en razón de los costos y de la sobrecarga institucional), y culturalmente (en razón de la ambigüedad y de la sobrecarga normativa), el sistema no reformado efectúa una delegación masiva y oculta desde los legisladores más autorizados hasta el nivel de los funcionarios rasos (y sus electores), que responde a normas y prioridades diferentes de aquéllos contenidos en la "ley superior". Mediante la aplicación selectiva de reglas en el contexto de entendimientos y prioridades locales, estas comunidades jurídicas rasas producen resultados reglamentarios que no podrían haber sido predichos por el examen de la "ley superior".

Así, su carácter no reformado articula el sistema jurídico con las discontinuidades de la cultura y de la estructura social: ofrece maneras de acomodar la heterogeneidad cultural y la diversidad social mientras que, a la vez, promulga el universalismo y la unidad; acomoda grandes concentraciones de poder privado mientras que, al mismo tiempo, sostiene la supremacía de la autoridad pública; acomoda la desigualdad de hecho mientras que simultáneamente establece la igualdad ante el derecho; facilita la acción por parte de grandes conglomerados colectivos mientras que, de igual manera, celebra el individualismo. Esta "ausencia de reforma"—esto es, ambigüedad y sobrecarga de reglas, sobrecarga e ineficacia de las instituciones, disparidad en el ofrecimiento de servicios jurídicos y disparidad en la posición estratégica de las partes— es el fundamento del "dualismo" del sistema jurídico. Permite unificación y universalismo a nivel simbólico y particularismo a nivel operativo.

#### VIII. Implicaciones para la reforma: el papel de los abogados

Hemos discutido la forma en que la arquitectura del sistema jurídico tiende a conferir ventajas entrelazadas a grupos yuxtapuestos, a los que hemos llamados "poseedores". ¿En qué medida las reformas al sistema jurídico podrían eliminar estas ventajas? Las reformas siempre serán inferiores a la utopía que concebimos anteriormente. Los reformadores dispondrán de recursos limitados para invertir y enfrentarán la necesidad de elegir cuáles de los usos de estos recursos serán más productivos para lograr un cambio que genere igualdad. ¿Qué sugiere nuestro análisis acerca de estrategias y prioridades?

produzca resultados redistributivos, porque el sistema está construido de tal manera que estos cambios pueden ser filtrados para que no se apliquen, a menos que estén acompañados por cambios en otros niveles. En un escenario de instituciones sobrecargadas, servicios jurídicos costosos e inadecuados, y partes desorganizadas, es posible que los beneficiarios carezcan de los recursos necesarios para asegurar su implementación; o bien un DF puede reestructurar la transacción para escapar al impacto de la nueva ley. Las reglas favorables no son necesariamente (y posiblemente no son por lo general) escasas para los "desposeídos"; ciertamente son menos escasas que cualquiera de los otros recursos necesarios para el juego del litigio. Los programas de reforma para la igualdad centrados en el cambio de reglas pueden ser absorbidos con facilidad sin que haya un cambio en las relaciones de poder. El sistema tiene la capacidad de cambiar mucho al nivel de las reglas sin que se den cambios correspondientes en los patrones cotidianos de la práctica o en la distribución de ventajas tangibles. En efecto, el cambio de reglas puede convertirse en un sustituto simbólico de la redistribución de las ventajas.

El cambio sustantivo de reglas se contiene con mayor facilidad cuando es producido por los tribunales. El que éstos puedan ser inducidos ocasionalmente a promulgar cambios de reglas que las legislaturas no harían, señala las limitaciones tanto como las posibilidades del cambio generado al nivel de los tribunales. Debido a su relativo aislamiento de la retaliación por parte de intereses antagónicos, los tribunales pueden promulgar nuevas reglas que se aparten de las relaciones de poder prevalecientes. Tales reglas, sin embargo, requieren incluso mayor inversión de otros recursos para su implementación. Y los tribunales tienen menor capacidad que otros creadores de derecho para crear facilidades institucionales y reasignar recursos que aseguren la implementación de nuevas reglas. Es poco probable, entonces, que el litigio moldee de manera decisiva la distribución del poder en la sociedad. Puede servir para asegurar o consolidar compromisos simbólicos. Es vital desde el punto de vista táctico, para asegurar ventajas o protección transitorias, para ofrecer apoyo a la organización y la articulación de intereses, y para conferir (o negar) el manto de legitimidad. Entre más divididos estén los otros detentores del poder, mayor será el potencial redistributivo de este papel simbólico/táctico.

Nuestro análisis sugiere que el romper las ventajas entrelazadas de los "poseedores" exige atención no sólo a las reglas, sino también al funcionamiento institucional, a los servicios jurídicos y a la organización de las par-

organización de intereses, el ofrecimiento de servicios y la invención de nuevas formas institucionales.

La orientación principal de nuestro análisis es que los cambios al nivel de las partes son aquellos que más probablemente generarán cambios a otros niveles. Si bien las reglas son el recurso más abundante para los reformadores, las partes capaces de perseguir estrategias a largo plazo son, por el contrario, las más escasas. La presencia de tales partes pueden generar una demanda efectiva para los servicios jurídicos de alto nivel —continuos, especializados y orientados al largo plazo— y presionar para obtener reformas institucionales y reglas favorables. Esto sugiere que podemos conjeturar de manera aproximada la prioridad estratégica relativa de diversos cambios de reglas. Los cambios de reglas que se relacionan directamente con la posición estratégica de las partes, en la medida en que facilitan organización, incrementan el ofrecimiento de servicios jurídicos (los cuales, a su vez, articulan y organizan intereses comunes), e incrementan los costos de los oponentes —por ejemplo, autorización de demandas de acción de clase, atribución de honorarios y costas de los abogados, atribución de medidas provisionales— son los focos más poderosos para el cambio. La intensidad de la oposición a la legislación que regula las acciones de clase, y a los servicios jurídicos autónomos orientados a la reforma, tales como la Asistencia Jurídica Rural de California, indica la propia evaluación de los “poseedores” del impacto estratégico relativo de los diversos niveles.

La contribución del abogado al cambio social redistributivo depende, entonces, de la organización y la cultura de la profesión jurídica. Hemos conjeturado que el cambio sustantivo de reglas producido por los tribunales es poco probable que constituya, por sí mismo, un elemento determinante en la generación de beneficios tangibles para la redistribución. La nivelación ofrecida por el litigio depende de su combinación estratégica con inversión en otros niveles. El problema es, entonces, si la organización de la profesión les permite a los abogados desarrollar y utilizar habilidades en estos otros niveles. En cuanto más se consideren los abogados a sí mismos exclusivamente como abogados de tribunal, menor será su disposición a emprender nuevas tareas, a establecer alianzas duraderas con sus clientes y a operar en foros diferentes de los tribunales, y, por ende, menos servirán de agentes del cambio redistributivo. Paradójicamente, aquellas profesiones jurídicas más abiertas a acentuar las ventajas de los “poseedores” (al permitirse ser “capturadas” por clientes recurrentes) pueden ser aquellas más capaces de convertirse en agentes del cambio (o disponer de espacio para él), precisamente porque

“causas”, y tienen una definición menos estricta de cuáles son las actividades profesionales apropiadas.

## NOTAS

\* Versión extractada de 9 *Law & Society Review*: 1 (1974) y publicada por Richard Abel en *The Law and Society Reader* (1995).

<sup>1</sup> *Doctrinal gains* o ganancias doctrinales.