revista uruguaya de derecho procesal

FUNDACION DE CULTURA UNIVERSITARIA

Indice

EDITORIAL 7

MARTHA JARDI ABELLA

DOCTRINA 9

Problemática del Proceso cautelar (Reunión científica)

11

ENRIQUE VESCOVI

Replanteo del proceso cautelar.

18

JORGE MARABOTTO

Algunas cuestiones sobre medidas cautelares.

21

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Introducción a la Sociología de la Administración de Justicia.

36

GUIDO BERRO ORIBE

Oblación y consignación.

JURISPRUDENCIA ANOTADA 53

ENRIQUE VESCOVI

Los poderes del tribunal de apelaciones en **el Proceso penal.**

62

RONALD HERBERT

Restitución de menores en el ámbito internacional.

74

GASTON ITHURRALDE

La intervención de sociedades. El interventor recaudador.

INFORMACION 81

ROBERTO BERIZONCE

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Argentina: Legislación procesal y Bibliografía básica.

87

XIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina y IV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal.

90

IIIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal de Rivera.

CASOS PRACTICOS

95

JORGE LAGARMILLA

Prescripción o caducidad de las acciones ejecutivas derivadas de los vales, pagarés o conformes.

98

JORGE LAGARMILLA

La interrupción de la prescripción y el procedimiento establecido en el artículo 124 de la Ley Nº 14.701 (títulos valores).

LEGISLACION PROCESAL

100

MARTHA JARDI ABELLA

Reseña de legislación procesal del año 1984.

BIBLIOGRAFIA

102

Introducción a la Sociología de la Administración de Justicia

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (*)

— I —

La sociología del derecho se ha constituido en ciencia social, en la acepción contemporánea del término, esto es, en rama especializada de la sociología general, después de la segunda guerra mundial. Fue entonces que, mediante el uso de técnicas y métodos de investigación empírica y mediante teorización propia sobre los resultados de esa investigación, la sociología del derecho verdaderamente construyó sobre el derecho un objeto teórico, específico, autónomo, sea en relación con la dogmática jurídica, o en relación a la filosofía del derecho. Sin embargo, antes de este período, fue grande y rica la producción científica orientada por una perspectiva sociológica del derecho y a tal punto que la sociología del derecho es, sin duda, de todas las ramas de la sociología, aquél en que el peso de los precursores, de sus orientaciones teóricas, de sus preferencias de investigación, de sus creaciones conceptuales, más fuertemente se han hecho sentir. Lo que no sorprende si tenemos en cuenta que, al contrario de otras ramas de la sociología, la sociología del derecho se ocupa de un fenómeno social, el derecho, sobre el cual inciden siglos de producción intelectual cristalizada en la idea moderna en disciplinas como la filosofía del derecho, la dogmática jurídica y la historia del derecho.

Una de las ilustraciones más significativas de este peso de los precursores consiste en la preferencia, sobre todo en el período inicial, de una visión normativa del derecho en detrimento de una visión institucional y orgánica, y dentro de aquélla, en la preferencia del derecho sustantivo en detrimento del derecho procesal, una distinción ella misma, vinculada a tradiciones teóricas importadas sin crítica por la sociología del derecho. Sin retroceder a los precursores de los precursores, Giambattista VICO (1) y MONTESQUIEU (2), es notorio que una visión normativista y sustantivista del derecho domina en el siglo XIX las producciones y las discusiones teóricas, sea de juristas o de científicos sociales, como hoy les llamaríamos, interesados por el derecho. Así, en cuanto a los primeros, de todos los debates que en la época eran portadores de una perspectiva sociológica del derecho, o sea, de una perspectiva que explícitamente tematiza las articulaciones del derecho con las condiciones y las estructuras sociales en que opera, el debate sin duda más popular es el que oponen los que defienden una concepción del derecho en cuanto variable dependiente, en cuyos términos el derecho se debe limitar a acompañar y a incorporar los valores sociales y los padrones de conducta espontánea y paulatinamente constituidos en la sociedad, y los que defienden una concepción del derecho en cuanto variable independiente, para la cual el derecho debe ser un activo promotor del cambio social tanto en el dominio material como en el de la cultura y de las mentalidades, un debate que, para acordar posiciones extremas y subsidiarias de universos intelectuales muy distintos, se puede simbolizar en los nombres de SAVIGNY (3) y BENTHAM (4).

(*) El autor es Profesor Asociado de la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra y Regente de la Cátedra de Sociología en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Este trabajo fue presentado, en versión abreviada, en el 1er. Simposio Internacional de Processo Civil y Organización Judicial organizado por la Facultad de Derecho de Coimbra del 21 al 26 de marzo de 1984. El autor lo completó especialmente para ser publicado en nuestra Revista.

La traducción fue hecha por la Dra. Mary Cuello de Wilson. Se optó por dejar en portugués —idioma que todos comprendemos— todas las notas para no alterar alguna cita involuntariamente.

(1) GIAMBATTISTA VICO, *Opere*, Milão, Riccardi, 1953.

(2) MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, Paris, Societè Les Belles Lettres, 1950-61.

(3) F. C. VON SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit*

Lo mismo se puede decir en cuanto a los debates del ochocientos sobre el derecho e nel ámbito de la sociología emergente. Si es cierto que se acepta que el derecho refleja las condiciones sociales prevalecientes y al mismo tiempo actúa conformadoramente sobre ellas, el debate se polariza entre los que conciben el derecho como el indicador preferente de los padrones de solidaridad social, garante del arreglo armonioso de los conflictos por cuya vía se maximiza la integración social y realiza el bien común, y los que conciben el derecho como expresión última de intereses de clase, un instrumento de dominación económica y política que por vía de su forma enunciativa (general y abstracta) opera la transformación ideológica de los intereses particularísimos de la clase dominante en interés colectivo universal, un debate que se puede simbolizar en los nombres de DURKHEIM [5] y de MARX [6].

En el primer cuarto de nuestro siglo la visión normativista sustantivista del derecho continuó dominando, aunque con variantes el pensamiento sociológico sobre el derecho. Es así ejemplar el caso de EHRLICH, para algunos el fundador de la sociología del derecho, en cualquiera de los dos grandes temas de su producción científica: el derecho vivo y la creación judicial del derecho [7]. En lo que respecta al primero, el derecho vivo, se centra la contraposición entre el derecho oficialmente estatuido y formalmente vigente y la normatividad emergente de las relaciones sociales por la cual se rigen los comportamientos y se tratan de resolver una aplastante mayoría de conflictos. En lo que respecta al segundo, la creación judicial del derecho, es aún la misma visión fundante o inicial que da sentido a la distinción entre una normatividad abstracta y exangüe de la ley y la normatividad concreta y conformadora de la decisión del juez. Entiéndase, sin embargo, que este segundo tema, y en general una orientación teórica de la escuela del derecho libre o de la jurisprudencia sociológica [8], al dislocar una cuestión de normatividad del derecho de los enunciados abstractos de la ley para las decisiones particulares del juez, creó las precondiciones teóricas de transición para una nueva visión sociológica centrada en las dimensiones procesales, institucionales y orgánicas del derecho. En esta misma transición y también en el mismo período (el primer cuarto de nuestro siglo) se sitúa la obra de Max WEBER [9]. La preocupación de Weber en definir la especificidad o el lugar preferente del derecho entre las demás fuentes de normatividad en circulación en las relaciones sociales en el seno de las sociedades capitalistas lo llevó a centrar el análisis en el personal especializado encargado de la aplica-

für Gesetzgehung und Rechtswissenschaft. Heildelberg, Mohr, 1840.

(4) Fiel às suas posições teóricas, BENTHAM procurou influenciar as transformações jurídicas no início do período liberal em Portugal. Cfr. *Essais de J. Bentham sur la situation politique d'Espagne, sur la Constitution et sur le nouveau code espagnol, sur la Constitution du Portugal, etc.* Paris, 1823.

(5) E. DUKHEIM, *A Divisão do Trabalho Social.* Lisboa, Presença, 1977. Num esforço de autonomização teórica em relação à ciência jurídica, Durkheim recusa a distinção entre direito público e direito privado, por considerá-la insustentável no plano sociológico, substituindo-a pela distinção entre direito repressivo (o direito penal) e o direito restitutivo (direito civil, direito comercial, direito processual, direito administrativo e constitucional). Cada um destes tipos de direito corresponde a uma forma de solidariedade social. O direito repressivo corresponde à solidariedade mecânica, assente nos valores da consciência colectiva cuja violação constitui um crime, uma forma de solidariedade dominante nas sociedades do passado. O direito restitutivo corresponde à solidariedade orgânica dominante nas sociedades contemporâneas, assente na divisão do trabalho social cuja violação acarreta a sanção de simples reposição das coisas.

(6) Como se sabe, MARX *não produziu uma* teoria sociológica do direito. No entanto, a sua vasta obra está repleta de referências não sistemáticas ao direito. Cf., em especial, *A Contribução à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel* (1843), *A Ideologia Alemã* (1845-46), artigos no *Neue Rheinische Zeitung* (1848-49), *O Dezoito de Brumário de Napoleão Bonaparte* (1852), *Grundrisse* (1857-58), *O Capital* (1867), *A Guerra Civil em França* (1871), e *A Crítica do Programa de Gotha* (1875).

(7) E. EHRLICH, *Grundlegung der Sociologie des Rechts.* Berlim, Duncker e Humblot, 1929; *Recht und Leben.* Berlim, Duncker e Humblot, 1967.

(8) R. POUND, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review* 24 (1911) 591; 25 (1912) 440. Foi, aliás, Roscoe Pound quem apresentou Erlich à comunidade científica anglo-saxónica em 1936.

(9) R. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft,* Colónia, Kiepenheuer e Witsch, 1964. A melhor selecção de que nesta obra respeita à sociologia do direito é de Max Rheinstein. Cfr. M. Rheinstein (org.). *Max Weber on Law in Economy and Society.* Nova Iorque, Simon e Schuster, 1967.

ción de las normas jurídicas, las profesiones jurídicas, una burocracia estatal. Según él, lo que caracterizaba el derecho de las sociedades capitalistas y lo distinguía del derecho de las sociedades anteriores era el construir un monopolio estatal administrado por funcionarios especializados según criterios dotados de racionalidad formal, asentado en normas generales y abstractas aplicadas a casos concretos por la vía de procesos lógicos controlables, una administración todo integrada con el tipo ideal de burocracia por él elaborado.

Esta tradición intelectual diversificada más en cuanto domina una visión normativista y sustantivista del derecho tuvo una influencia decisiva en la constitución del objeto de la sociología del derecho en la post-guerra. De entre los grandes temas de este período refiero dos a título de ejemplo: una discrepancia entre el derecho formalmente vigente y el derecho socialmente eficaz, una célebre dicotomía*Law in books/law in action* de la sociología jurídica americana; las relaciones entre el derecho y el desenvolvimiento socio-económico y más específicamente el papel del derecho en la transformación modernizadora de las sociedades tradicionales. En cualquiera de estos temas, bastante distintos, uno centrado preferentemente en las preocupaciones sociales de los países desarrollados y el otro, en aquellas de los países en desarrollo, son nítida y preferentemente las cuestiones normativas y sustantivas del dedecho y la relativa negligencia de las cuestiones procesales, institucionales y orgánicas.

Sin embargo, esta coyuntura intelectual pronto se alteró. Contribuirán para eso dos órdenes de contradicciones, todas ellas surgidas al final de la década del 50 e inicios de la década del 60: condiciones teóricas y condiciones sociales. Entre las primeras, las condiciones teóricas, sobresalen tres. En primer lugar, el desenvolvimiento de la sociología de las organizaciones, una rama de la sociología que tiene en Weber uno de sus principales inspiradores, dedicado en general al estudio de los agrupamientos sociales creados de modo más o menos deliberado para la obtención de un fin específico, con enfoques diversos sobre la estructura y la forma de las organizaciones, sobre el conjunto de las interacciones sociales en su seno o en el impacto de ellas en el comportamiento de los individuos [10].

Esta rama de la sociología desenvolvió pronto un interés específico por una de las organizaciones de larga escala dominante en nuestra sociedad, la organización judicial y particularmente los tribunales [11].

La segunda condición teórica está constituida por el desenvolvimiento de la ciencia política y por el interés que ésta reveló para los tribunales en cuanto instancia de decisión y de poder políticos. La teoría de los sistemas [12] utilizada en el análisis del sistema político en general encontró en el sistema judicial un punto de aplicación específico y las acciones de los actores del sistema, particularmente las de los jueces, pasarán a ser analizadas en función de sus orientaciones políticas [13].

La tercera condición teórica está constituida por el desarrollo de la antropología del derecho

(10) Para além dos clássicos (M. Weber e R. Michels) as referências básicas neste ramo da sociologia são: P. Selznick, *TVA and the Grass Roots*. Berkeley, University of California Press, 1949; P. Blau, *The Dynamics of Bureaucracy*. Chicago, University of Chicago Press, 1955; J. March and H. Simon, *Organizations*, Nova Iorque, John Wiley, 1958; M. Crozier, *Le Phénomène Bureaucratique*, Paris, Seuil, 1963; Nicos Mouzelis, *Organization and Bureaucracy*, Nova Iorque, Aldine, 1968; S. Clegg e D. Dunkeley, *Organization, Class and Control*, Londres, RKP, 1980.

(11) Cfr. por todos, W. Heydabrand "The Context of Public Bureaucracies: An Organizational Analysis of Federal District Courts", *Law and Society Review* 11 (1977), 759; idem, "The Technocratic Administration of Justice", in S. Spitzer (org.). *Research in Law and Sociology* vol. 2 (1979), 29.

(12) Uma das obras mais influentes, David Easton, *A Framework for Political Analysis*. Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1965.

(13) Uma visão geral em J. Grossman e R. Wells (orgs.) *Constitutional Law and Judicial Policy Making* Nova Iorque, John Wiley, 2. ed., 1980, 3-76. *Cfr. em especial G. Schubert, Constitutional Politics: The Political Behavior of Supreme Coutd Justices and the Constitutional Policies that they make*. Nova Iorque, Holt, Rinehart e Winston, 1960; A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1963; H. Jacob (org.) *Law Politics and the Federal Courts*. Boston, Little Brown, 1967; R. Dahl "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker", *Journal of Public Law* 6 (1967), 279; uma análise crítica do artigo precedente em J. Casper. "The Supreme Court and National Policy Making", *American Political Science Review* 70 (1976) 50; M. Shapiro "Courts" in Polsby e Greenstein (orgs.) *Handbook of Political Science*. Reading, Mass., Addison-Wesley, vol. V, 1975, 348.

o de la etnología jurídica, al liberarse progresivamente de su objeto preferente, las sociedades coloniales, volcándose hacia los nuevos países africanos y asiáticos y para los países en desarrollo de América Latina hasta finalmente descubrir su objeto doblemente primitivo dentro de casa, en las sociedades capitalistas desarrolladas. Al centrarse en los litigios y en los mecanismos de su prevención y de su resolución, la antropología del derecho desvió la atención analítica de las normas y se orientó hacia los procesos y hacia las instituciones, sus grados diferentes de formalización y especialización, su eficacia estructuradora de los comportamientos (14).

Cabe ahora referir brevemente las condiciones sociales que, juntamente con las condiciones teóricas, posibilitaran la orientación del interés sociológico para las dimensiones procesales, institucionales y orgánicas del derecho. Distingo dos condiciones principales. La primera dice respecto a las luchas sociales protagonizadas por grupos sociales hasta entonces sin tradición histórica de acción colectiva de confrontación: los negros, los estudiantes, amplios sectores de la pequeña burguesía en lucha por nuevos derechos sociales en el dominio de la seguridad social, habitación, educación, transporte, medio ambiente y calidad de vida, etc., movimientos sociales que en conjunción (a veces difícil) como el movimiento obrero, procurarán profundizar el contenido democrático de los regímenes salidos de post-guerra (15). Fue en este contexto que las desigualdades sociales fueron siendo recodificadas en el ideario social y político y pasaron a constituir una amenaza a la legitimidad de los regímenes políticos asentados en la igualdad de derechos. La igualdad de los ciudadanos para ante la ley pasó a ser confrontada con la desigualdad de la ley para ante los ciudadanos, una confrontación que muy pronto se transformó en un vasto campo de análisis sociológico y de innovación social centrado en la cuestión de trato diferencial del derecho y de la justicia por las diferentes clases y estratos sociales.

La segunda condición social de interés de la sociología por el proceso y por los tribunales está constituida por la eclosión en la década del 60 de la llamada crisis de la administración de justicia, una crisis de cuya persistencia somos hoy testigos. Esta condición está en parte relacionada con la anterior.

Las luchas sociales a que hice referencia aceleran la transformación del Estado liberal en Estado asistencial donde el Estado-providencia, un Estando activamente envuelto en la gestión de los conflictos y concertaciones entre clases y grupos sociales, y apostado en la minimización posible de las desigualdades sociales en el ámbito de producción capitalista dominante en las relaciones económicas. La consolidación del Estado-providencia significó una expansión de los derechos sociales y, a través de ellos, una integración de las clases trabajadoras en los circuitos de consumo anteriormente fuera de su alcance (16). Esta integración, por su parte, implicó que los conflictos surgidos de los nuevos derechos sociales fuesen constitutivamente conflictos jurídicos cuya forma de dirimirlos cabría a los tribunales, litigios sobre una relación de trabajo, sobre la seguridad social, sobre la habitación, sobre los bienes de consumo duraderos, etc., etc. Sucede que la integración de las clases trabajadoras (obreros y nueva pequeña burguesía) en los circuitos de consumo fue acompañada y en parte causada por la integración de la mujer en el mercado de trabajo, la que fue posible por la expansión que caracterizó este período. En consecuencia, el aumento de los *pool*, de *rendimientos familiares*, fue concomitante con cambios radicales en los padrones del comportamiento fa-

(14) Neste sentido, cfr. Boaventura de Sousa Santos "O Discurso e o Poder. Ensaios sobre a Sociologia da Retórica Jurídica", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (número especial) 1980 e a bibliografia aí citada.

(15) São muito numerosas as análises empíricas dos diferentes movimentos sociais. Dentre os autores que melhor teorizaram a emergência e o significado sociais destes movimentos é justo salientar na Europa A. Touraine, *Sociologie de l'Action*. Paris, Seuil 1965 e idem, *Production de la Societé*. Paris, Seuil 1973 e nos E.U.A. A. Oberschall, *Social Conflict and Social Movements*. Englewood Cliffs, Prentice Hall 1973 e F. Piven e R. Cloward, *Poor Peoples Movements*. Nova Iorque, Random 1977. Dentre os autores que melhor têm analisado as relações entre os movimentos sociais e o direito destaco F. Piven e R. Cloward, *Regulating the Poor: The Function of Public Welfare*. Nova Iorque, Random 1971 e J. Handler *Social Movements and the Legal System*. Nova Iorque, Academic Press, 1978.

(16) As transformações do poder do Estado daí decorrentes são importantes e complexas. Cfr., a título de exemplo, Boaventura de Sousa Santos, "O Direito e a Comunidade: as Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados", *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10 (Dez. 1982), 9.

miliar (entre cónyuges y entre padres e hijos) y en las propias estrategias matrimoniales, lo que vino a constituir la base de una creciente corriente conflictual familiar que se volvió socialmente más visible y está más aceptado a través de las transformaciones del derecho de familia que entretanto se fueron verificando. Y ésta fue también una causa de los litigios judiciales.

De todo esto resultó una explosión de litigiosidad a la cual la administración de justicia difícilmente podría dar respuesta. Sucede que esta explosión se vio agravada al iniciarse la década del 70, o sea, en un período en que la expansión económica terminaba y se iniciaba un receso que se prolonga hasta hoy y que, por su persistencia, asume un carácter de estructural. De ahí resultó la reducción progresiva de los recursos del Estado y su creciente incapacidad para dar cumplimiento a los compromisos asistenciales y providenciales asumidos para con las clases populares en la década anterior [17]. Una situación que da base al nombre de crisis financiera del Estado y que se fue manifestando en las más diversas áreas de actividades estatales y que por eso repercutió también en la incapacidad del Estado de expandir los servicios de administración de justicia de modo de crear una oferta de justicia compatible con la hasta entonces verificada. De aquí resultó un factor adicional de crisis de administración de justicia. La visibilidad social que le fue dada por los medios de comunicación social y la vulnerabilidad política que ello engendró para las élites dirigentes establece la base de la creación de un nuevo y vasto campo de estudios sociológicos sobre la administración de justicia, sobre la organización de los tribunales, sobre la formación y el reclutamiento de los magistrados, sobre las motivaciones de las sentencias, sobre las ideologías políticas y profesionales de varios sectores de la administración de justicia, sobre el costo de la justicia, sobre los bloqueos de los procesos y sobre el ritmo de andamiento en sus varias fases.

— II —

Una vez analizados los antecedentes y las condiciones de contribución de la sociología del derecho para la profundización de las complejas interacciones entre el derecho procesal y la administración de justicia por un lado, y la realidad social y económica en que operan por otro, pasaré ahora a analizar de modo sistemático el ámbito diversificado de esas contribuciones con vistas a apuntar con base en ella, en la parte final de este trabajo, las líneas de investigación más promisorias y el perfil de *una nueva política judicial.* Concentrarme en el análisis de estas contribuciones en el ámbito de la justicia civil implica que muchas de éstas tengan un ámbito más general y abarquen también a la justicia penal, como fácilmente se reconocerá.

Distinguiré tres grandes grupos temáticos: el acceso a la justicia; a la administración de justicia en cuanto institución política y organización profesional, dirigida a producir servicios especializados; la litigiosidad social y los mecanismos para su resolucón existentes en la sociedad.

EL ACCESO A LA JUSTICIA

El tema de acceso a la justicia es aquél que más directamente ecuaciona las relaciones entre el proceso civil y la justicia social, entre igualdad jurídico-formal y desigualdad socio-económica. En el ámbito de la justicia civil, mucho más propiamente que en el de la justicia penal, puede hablarse de búsqueda, real o potencial, de justicia [18]. Una vez definidas sus características internas y medido su ámbito en términos cuantitativos, es posible compararla con la justicia producida por el Estado. No se trata de un problema nuevo. A principios del siglo, tanto en Austria como en Alemania, eran frecuentes las denuncias de discrepancias entre la búsqueda y la oferta de justicia y fueron varias las tentativas para minimizar, sea por parte del Estado (la reforma del proceso civil llevada a cabo por Franz KLEIN en Austria [19], o por parte de los intereses organizados de las clases sociales más débiles (por ejemplo, los centros de consulta jurídica organizados por los sindicatos alemea-

(17) Uma das obras mais recentes sobre esta questão é E. Fano et all (orgs.) *Trasformazioni e Crisi del Welfare State.* Regione Piemonte, De Donato, 1983.

(18) Na justiça penal há, por assim dizer, uma procura forçada da justiça, nomeadamente por parte do réu, no entanto, a nivel global, pode igualmente falar-se de procura social da justiça penal.

(19) Franz KLEIN, *Zeit und Geistesströmmungen in Prozesse,* Frankfurt, Klostermann, 2ª ed. 1958. Cfr. também V. Denti, *Processo Civile e Giustizia Sociale,* Milão, Edizioni di Comunitá 1971, 14.

nes [20].. Fue mientras tanto, en la post-guerra que esta cuestión explotó. Por un lado, la consagración constitucional de nuevos derechos económicos y sociales y su expansión paralela al Estado de bienestar transformó el acceso efectivo a la justicia en un derecho de ligazón, un derecho cuya denegación atraería la de todos los demás. Una vez destituidos de mecanismos que aseguren imponer su respeto, los nuevos derechos sociales y económicos pasarían a meras declaraciones políticas, de contenido y función místicas. De ahí la contestación de que la organización de justicia civil y en particular la tramitación procesal no podían ser reducidas a su dimensión técnica, socialmente neutra, como eran comúnmente concebidas por la teoria procesalista, debiendo investigarse las funciones sociales por ellas desempeñadas y, en particular, el modo como las opciones técnicas en su seno vinculaban opciones a favor o contra intereses sociales divergentes o también antagónicos(intereses de patrones o de obreros, de propietarios o de inquilinos, de medianeros o de latifundistas, de consumidores o de productores, de hombres o de mujeres, de padres o hijos, de campesinos o de habitantes urbanos, etc., etc. [21].

En este dominio, las contribuciones de la sociología consisten en investigar sistemática y empíricamente los obstáculos de acceso efectivo a la justicia por parte de las clases populares con vistas a proporcionar las soluciones que mejor los pudiesen superar. Puede decirse, en general, que los resultados de esta investigación permitirán concluir que eran de tres tipos esos obstáculos: económicos, sociales y culturales [22]. En cuanto a los obstáculos económicos, se verificó que en las sociedades capitalistas en general el culto al litigar era más elevado y que una relación entre el valor de la causa y el gusto por el litigar aumentaba a medida que bajaba el valor de la causa. Así en Alemania se verificó que un litigio de una causa de valor medio en primera instancia costaría cerca de la mitad del valor de la causa. En Inglaterra se verificó que cerca de un tercio de las causas en que hubo contestación los costos globales fueron superiores a los del valor de la causa. En Italia, los costos para litigar pueden distinguirse en un 8,4 % como valor de la ciusa para causas con valor elevado, en tanto que en causas de escaso valor ese porcentaje puede elevarse hasta un 170 % [23]. Estos estudios revelan que la justicia civil es cara para los ciudadanos en general, pero revelan sobre todo que la justicia civil es proporcionalmente más cara para los ciudadanos económicamente más débiles. Y que son ellos, fundamentalmente, los protagonistas y los interesados en las acciones de menor valor y en esas acciones en que la justicia es proporcionalmente más cara, lo que configura un fenómeno de doble víctima que hace de las clases populares la administración de justicia.

De hecho, se verificó que esa víctima es triple en la medida en que alguno de los otros obstáculos investigados, la lentitud de los procesos, puede ser fácilmente convertido en un costo económico adicional y éste es proporcionalmente más gravoso para los ciudadanos de menos recursos. Al final de la década del 60 la duración media de un proceso civil, en Italia era, con las tres instancias, 6 años y 5 meses [24]; algunos años más tarde en España esa duración era de 5 años y 3 meses [25]. Al final de la década del 60 las acciones civiles ante el tribunal superior en Francia era de 1,9 años y ante el de Bélgica de 2,33 años [26]. Un análisis de duración media de los procesos civiles y una consecuente verifica-

(20) Udo Reifner, *Gewerkschuften und Rechtshilfe um die Jahrhundertwende in Deutschland.* Berlim, Wissenchaftszentrum, 1978.

(21) Na Europa continental a hegemonia da ciência jurídica positivista tornou particularmente difícil o reconhecimento dos pressupostos políticos e sociais por detrás das soluções técnicas precessuais. Neste sentido, M. Cappelletti, *Processo e Ideologia,* Bolonha, Il Mulino, 1969. Cfr. também P. Calamandrei, *Procedure and Democracy.* Nova Iorque, New York University Press, 1956.

(22) O sentido geral dos estudos do período inicial in Conference Proceedings, *The Extension of Legal Services to the Poor.* Washington DC, U.S. Government Printing Office, 1964. Cfr. também, J. Carlin e J. Howard "Legal Representation and Class Justice", *U.C.L.A. Law Review* 12 (1965) 381. Uma visão global e aprofundada dos estudos realizados nos vários países na década seguinte em M. Cappelletti e B. Garth (orgs.) *Access to Justice.* Milão, Giuffré, vários volumes, 1978, uma obra monumental e uma referência bibliográfica obrigatória neste domínio.

(23) Os dados referentes aos vários países foram retirados da M. Cappelletti e B. Garth (orgs.), *ob. cit.* I, I, 10 e ss.

(24) E. Resta, *Conflitti Sociali e Giustizia.* Bari, De Donato, 1977, 80.

(25) M. Cappelletti e B. Garth (orgs.), *ob. cit.* 14.

(26) Vide nota anterior.

ción de la lentitud de la justicia es uno de los temas más intrigantes de la investigación sociológica en nuestros días. Por un lado, se constata que los litigios civiles tienden a disminuir de volumen en los últimas décadas [27]. Los estudios hechos en Italia en este tiempo corroboran enteramente los producidos en España donde Juan TOHARIA concluye que al mayor desenvolvimiento social y económico, y al consecuente aumento de vida jurídica civil y de los conflictos sociales en esta área, han correspondido un descenso de las causas civiles en los tribunales de justicia [28]. A este fenómeno volveremos más tarde. Por ahora basta referir la paradoja denunciada muy recientemente por Vincenzo FERRARI [29]: a pesar de la tendencia del contencioso civil a disminuir —pese a las muchas innovaciones introducidas con el objetivo de volver la justicia civil más expeditiva—, el hecho es que se ha llegado a verificar un aumento constante de la duración media de los procesos civiles. Y más intrigante todavía es el hecho de que este aumento se revela resistente no sólo a las innovaciones parciales que lo procuran controlar sino también a las reestructuraciones globales de procesos tendientes a eliminar por completo la lentitiud de la justicia. Así, el proceso de trabajo, que al principio de la década del 70 constituyó conjuntamente con el *Estatuto del Trabajador* una importante victoria de las organizaciones obreras italianas, en el sentido de acelerar la administración de justicia más directamente relevante para los intereses de las clases trabajadoras, se ha venido a revelar, en tiempos recientes, impotente para impedir el aumento progresivo de duración de las causas laborales.

Estas verificaciones han llevado a las sociología jurídica a concluir que las reformas del proceso, entonces importantes para hacer bajar los costos económicos derivados de la lentitud de la justicia, no son de ningún modo una panacea. Es preciso tomar en cuenta y someter a análisis sistemático otros factores quizá más importantes. Por un lado, la organización judicial y la racionalidad o irracionalidad de los criterios de distribución territorial de los magistrados. Por otro, la distribución de los costos, de los beneficios derivados de la lentitud de la justicia. En este dominio, y a título de ejemplo, es importante investigar en qué medida largos estratos de abogados organizan y rentabilizan su actividad con base en (y no a pesar de) la demora de los procesos [30].

Pero como empecé por referir, la sociología de la administración de justicia también se ha ocupado de los obstáculos sociales y culturales al efectivo acceso a la justicia por parte de las clases populares y este constituye tal vez, uno de los campos de estudio más innovadores. Los estudios revelan que la distancia entre dos ciudadanos en relación a la administración de justicia es tanto mayor cuanto más bajo es el estado social a que pertenecen y que esa distancia tiene como causas próximas no sólo factores económicos, sino también factores sociales y culturales, aunque unos y otros puedan estar más o menos remotamente relacionados con las desigualdades económicas. En primer lugar, los ciudadanos de menos recursos tienden a conocer peor sus derechos y, por lo tanto, a tener más dificultades en reconocer un problema que los afecta como problema jurídico. Pueden ignorar los derechos en juego o ignorar las posibilidades de reparación jurídica. CAPLOVITZ, por ejemplo, concluye que cuanto más bajo es el estrato social del consumidor mayor es la probabilidad que desconozca sus derechos en el caso de compra de un producto defectuoso [31]. En segundo lugar, mismo reconociendo el problema como jurídico, como violación de un derecho, es necesario que la perona se disponga a interponer la acción. Los números muestran que los individuos de clases bajas vacilan mucho más que los otros en recurrir a los tribunales mismo cuando reconocen estar ante un problema legal. En una investigación efectuada en Nueva York a personas que habían sido víctimas de pequeños accidentes de tránsito, se verificó que el 27% de los inquiridos de clase baja nada hacían en comparación con apenas el 2% de los inquiridos de clase alta ([32], o sea, cuanto más bajo es el status socio-económico de la persona accidentada menor es la probabilidad que interponga una acción de indemnización.

Dos factores parecen exlicar esta desconfianza o esta resignación: por un lado, experiencias an-

(27) E. RESTA, *ob. cit.*, 83 e ss.

(28) J. TOHARIA, *Cambio Social y Vida Jurídica en España*. Madrid, Cuadernos Para el Diálogo, 1974, 190.

(29) V. FERRARI, "Sociologia del Diritto e Riforma del Processo", *Studi in Honore de Renato Treves*. Milão, Giuffrè, 1983, 338.

(30) V. FERRARI, *ob. cit.*, 339; E. RESTA, *ob. cit.*, 87.

(31) D. CAPLOVITZ, *The Poor Pay More*. Nova Iorque, Free Press, 1963.

(32) Citado em J. Carlin e J. Howard, *ob. cit.*

teriores con la justicia de las que resulta un rensentimiento de la relación con el mundo jurídico (una reacción comprensible a la luz de los estudios que revelan ser grande la diferencia de calidad entre los servicios profesionales (curiales) prestados a las clases de mayores recursos de los prestados a las clases de menores recursos); por otro lado, una situación de dependencia y de inseguridad que produce el temor de represalias si se recurre a los tribunales. En tercer y último lugar, se verifica que el reconocimiento del problema como problema jurídico o el deseo de recurrir a los tribunales para su resolución no son suficientes para que la iniciativa sea tomada de hecho. Cuanto más bajo es el estrato socio-económico del ciudadanos menos probable es que conozca abogado o que tenga amigos que conozcan abogados, menos probable es que sepa dónde, cómo y cuándo puede contratar un abogado, y mayor es la distancia geográfica entre el lugar donde vive o trabaja y la zona de la ciudad donde se encuentran los escritorios de los abogados y de los tribunales.

El conjunto de estos estudios revelaron que la discriminación social en el acceso a la justicia es un fenómeno mucho más complejo que lo que a primera vista puede parecer, ya que por otra parte, las condicionantes económicas, aunque las más obvias, envuelven condicionantes sociales y culturales resultantes de procesos de socialización y de interiorización de valores dominantes muy difíciles de transformar.

La riqueza de los resultados de las investigaciones sociológicas en el dominio de acceso a la justicia no puede dejar de reflejarse en las innovaciones institucionales y organizacionales que un poco por todas partes fueran siendo llevadas a cabo para minimizar las escandalosas discrepancias entre justicia civil y justicia social verificadas.

En la inmediata post-guerra regía en la mayoría de los países un sistema de asistencia jurídica gratuita bajo la orden de abogados a título de *munus honorificum* (33). Los inconvenientes de este sistema eran muchos y fueron rápidamente denunciados. La calidad de los servicios jurídicos era bajísima una vez que, ausente la motivación económica, la distribución acababa por recaer en abogados sin experiencia y a veces no plenamente profesionalizados, en general sin la menor dedicación a la causa. Los criterios de elegibilidad eran en general estrictos y, muy importante, la asistencia se limitaba a los actos en juicio, estando excluida la consulta jurídica, la información sobre derechos. Las carencias de este sistema privado y caritativo llevó a que en la mayoría de los países fuese siendo sustituido por un sistema público y asistencial organizado bajo el subsidio del Estado.

En Inglaterra se creó luego en 1949 un sistema de abogacía contratada, posteriormente perfeccionado (1974) en los términos de que cualquier ciudadano de acuerdo con lo dispuesto por la ley para el patrocinio jurídico gratuito escoge el abogado entre los que se inscribían para la prestación de los servicios y que constan en una lista, una lista siempre grande dado el atractivo de remuneración adecuada a cargo del Estado. En las dos décadas siguientes muchos países introdujeron esquemas semejantes de servicios jurídicos grautitos. Estos esquemas, conocidos en los países anglosajones por la designación de *Judicare,* una vez puestos en práctica, fueron sometidos a estudios sociológicos que, a pesar de señalar significativas ventajas del nuevo sistema en relación al anterior, no dejaron con todo de revelar sus limitaciones (34).

En primer lugar, a pesar de que en teoría el sistema incluye la consulta jurídica independientemente de la asistencia en un litigio, el hecho es que, en la práctica, se concentraba en la asistencia jurídica. En segundo lugar, este sistema se limitaba a tentar vencer los obstáculos económicos de acceso a la justicia pero no a los obstáculos sociales y culturales. Nada hacía en el campo de la educación jurídica de los ciudadanos, en la concientización sobre los nuevos derechos sociales de los trabajadores, consumidores, inquilinos, jóvenes, mujeres, etc. Por último, concibiendo la asistencia jurídica como un servicio prestado a los ciudadanos de menos recursos individualmente considerados, este sistema excluía, de entrada, la concepción de los problemas de esos ciudadanos en cuanto problemas colectivos de las clases sociales subordinadas. Estas críticas condujeron a algunas alteraciones en el sistema de servicios jurídicos gratuitos y en el caso de Estados Unidos de América condujeron también a la creación de un sistema totalmente

(33) M. CAPPELLETTI e B. GARTH (orgs.), *ob cit.*, I, I, 22 e ss.; E. BLANKENBURG (ord.) *Innovations in the Legal Services.* Cambridge, Mass, O. G. H. Publishers, 1980.

(34) E. BLANKENBURG, *"Introduction"* in E. Blankenburg (org.), *ob cit.*, 1 e ss.; B. Abel-Smith et all, *Legal Problems and the Citizen.* Londres, Heinemann, 1973.

nuevo basado en abogados contratados por el Estado, trabajando en estudios de abogados localizados en los barrios más pobres de la ciudad y siguiendo una estrategia profesional orientada hacia los problemas jurídicos de los pobres en cuanto problemas de clase, una estrategia privilegiando las acciones colectivas, la creación de nuevas corrientes jurisprudenciales sobre problemas recurrentes de las clases populares, y finalmente la transformación o reforma del derecho sustantivo [35]. No cabe aquí evaluar en detalles este movimiento de innovación institucional al que Portugal se tiene, poco honrosamente, por ausente, un movimiento cuyas sucesivas etapas denotan una conciencia progresivamente más aguda de la necesidad de garantizar el acceso efectivo a la justicia por parte de todos los ciudadanos. Hoy, puede asimismo decirse que este movimiento traspasa los intereses judídicos de las clases más bajas y se extiende ya a los intereses jurídicos de las clases medias sobre todo a los llamados intereses difusos, intereses protagonizados por grupos sociales poco organizados o protegidos por derechos sociales emergentes cuya titularidad individual es problemática, tales como los derechos de los niños contra la violencia de los programas de televisión y los juguetes agresivos y peligrosos, los derechos de la mujer contra la discriminación sexual en el empleo y en la comunicación social, los derechos de los consumidores contra la producción de bienes de consumo peligrosos o defectuosos, los derechos de los ciudadanos en general contra la polución del medio ambiente. La defensa pública de estos derechos dio origen a la institución de la llamada abogacía de interés público subsidiada por las comunidades, por fundaciones y el Estado [36]. Dio también origen a algunas reformas en el proceso civil y en la extensión del concepto de legitimidad procesal y de intereses en reacción.

La Administración de justicia en cuanto institución política y organización profesional para la producción de servicios jurídicos especializados.

Es este el segundo tema de sociología judicial. Se trata de un tema muy amplio en el cual se incluyen objetos de análisis muy diversos. La concepción de la administración de justicia como una instancia política fue inicialmente propugnada por los científicos políticos que vieron en los tribunales un sub-sistema del sistema político global, repartiendo con éste la característica de procesar una serie de *inputs* externos constituidos por estímulos, presiones, exigencias sociales y políticas y que, a través de mecanismos de conversión, produjeron *outputs* (las decisiones) portadoras ellas mismas de un impacto social y político en los restantes sub-sistemas.

Tal concepción de los tribunales tiene dos consecuencias muy importantes. Por un lado, colocó a los jueces en el centro del campo analítico. Los comportamientos, las decisiones por ellos proferidas y las motivaciones de las constantes, pasarán a ser una una variable dependiente cuya aplicación se procura en las correlaciones con variables independientes, fuesen ellas el origen de clase, la formación profesional, la edad y sobre todo la ideología política y social de los jueces. La segunda consecuencia consistió en desmentir por completo la idea convencional de la administración de justicia como una función neutra protagonizada por un juez apuntando hacia el hacer justicia encima y equidistante de los intereses de las partes. Son conocidos los estudios de NAGEL [37], SCHUBERT [38], ULMER [39], GROSSMAN [40] y otros en EE.UU., de RICHTER [41] y de DAH-

(35) CAHN e CAHN, "The War on Poverty: a Civilian Perspective", *Yale Law Journal* 73 (1964), 1317; Note, "Neighborhood Law Offices: The New Wave in the Legal Services for the Poor", *Harvard Law Review* 80 (1967), 805.

(36) D. TRUBEK et all, "Legal Services and the Administrative State: From Public Interest Law to Public Advocacy, in E. Blankenburg (ord.), *ob. cit.*, 131; B. Weisbrod et all (orgs.) *Public Interest Law*. Berkeley, 1977.

(37) S. NAGEL, *The Legal Process from a Behavioral Perspective. Homewood*, The Dorsey Press, 1969.

(38) G. SCHUBERT, *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices*, 1946-1963. Evanston, Northwestern University Press, 1965. G. Schubert é também o organizador das melhores colectâneas de estudos sobre o comportamento e atitudes dos juízes norteamericanos. Cfr. G. Schubert (org.), *Judicial Decision-Making*. Nova Iorque, Free Press, 1963; id. *Judicial Behavior: A Reader in Theory and Research*. Chicago, Rand McNally, 1964.

(39) S. ULMER, "The Political Party Variable in the Michigan Supreme Court", *Journal of Public Law* 11 (1962) 352; id. "Researching the Supreme Court in a Democratic Pluralist System: Some Thoughts on New Directions", *Law and Policy Quarterly* 1 (1979), 53.

(40) Uma visão geral sobre a sua perspectiva em J. Grossman e R. Wells (orgs.), *Constitutional Law and Judicial Policy Making*, Nova Iorque, John Wiley, 1980.

RENDORF [42] en Alemania, de PAGANI [43], DI FEDERICO [44] y MARIONDO [45] en Italia y de TOHARIA [46] en España. En EE.UU. los estudios iniciales se centraron en el Supremo Tribunal de Justicia. A título de ejemplo, SCHUBERT, distinguiendo entre jueces liberales y conservadores, correlacionando sus ideologías políticas con sus posiciones en las relaciones y declaraciones de voto en las sentencias en varios campos del comercio jurídico, desde las relaciones económicas hasta los derechos cívicos, obtuvo índices elevados de variabilidad [47]. Otros estudios indizando decisiones de los tribunales de primera instancia, tanto en los dominios penales como en los civiles, mostraron en qué medida las características sociales, políticas, familiares, económicas y religiosas de los magistrados influenciaron su decisión hacia una definición de la situación y de los intereses en juego en el proceso y consecuentemente en la decisión [48].

Los estudios italianos sobre la ideología de la magistratura no insisten en el comportamiento decisional, sino más bien en los documentos públicos, manifiestos ,discursos, estatutos organizativos en que los magistrados, individual o colectivamente, definen el perfil óptimo de la función judicial y de sus interacciones con el poder político y con la sociedad en general [49]. Las investigaciones realizadas sobre una directiva de RENATO TREVES obligan a una revisión radical del mito del apoliticismo de la función judicial y revelan tener tres grandes tendencias ideológicas en el seno de la magistratura italiana [50].

La tendencia llamada "estructural-funcionalista", con un enfoque en los valores del orden, del equilibrio, de la seguridad social y de la certeza del derecho, que agrupa a los jueces y magistrados conservadores y moderados, defensores de la división de poderes, adeptos de las soluciones tradicionales, ya sea en el plano económico, ya en el de la organización judicial. En segundo lugar, la tendencia del llamado "conflictivismo pluralista" en el que prevalecen las ideas de cambio social y se defiende el reformismo, tanto en el interior de la organización judicial, como en el de la sociedad en general, con vistas a la profundización de la democracia dentro del marco jurídico-constitucional del estado de derecho. En tercer lugar, "la tendencia más radical de las llamadas conflictivismo dicotómico de tipo marxista" que agrupa a los jueces apostados en el uso alternativo del derecho en una función más creadora de magistratura en cuanto contribución del derecho para la construcción de una sociedad verdaderamente igualitaria. Estas tendencias tienen su expresión organizativa en la Unión de Magistrados Italianos, en la Asociación de Magistrados Italianos y en la Magistratura Democrática, respectivamente.

Aunque en el ámbito de la administración de justicia como organización profesional es saludable poner de relieve los estudios sobre el reclutamiento de los magistrados y de su distribución territorial [51]. Dentro del mismo cuadro teórico, en una perspectiva muy diferente, están

(41) W. RICHTER "Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufs-sozialstatische Analyse *"Hamburger Jahrbuch für Wirtschaft und Gesellschaftspolitik,* V, 1960.

(42) R. DAHRENDORF "Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Sociologie der Oberschicht" in *Gesellschaft und Freiheit.* Munique, 1961.

(43) A. PAGANI, *La Profesione del Judice,* Milão, 1969.

(44) DI FEDERICO, *Il Reclutamento dei Magistrati,* Bari, Laterza, 1968.

(45) E. MORIONDO, *L'Ideologia della Magistratura Italiana.* Bari, Laterza, 1967.

(46) J. TOHARIA, *El Juez Español. Un Análisis Sociológico.* Madrid, 1975.

(47) G. SCHUBERT, *The Judicial Mind* cit. distingue entre juízes "conservadores" e "liberais" (designações que têm nos EUA um significado politico diferente do que lhes é atribuído na Europa) e identifica três atitudes diferentes consoante o liberalismo ou o conservadorismo dos juízes seja económico, político ou social.

(48) Uma panoràmica geral dos estudos em Itália in R. Treves. *Giustizia e Giudici nella Società Italiana.* Bari, Laterza, 3ª ed., 1975; id. *Introduzione alla Sociologia del Diritto.* Milão, Einaudi, 2ª ed. 1980, 253 e ss. As análises das ideologias dos magistrados têm incidido quer sobre as ideologias profissionais (Pagani, *ob. cit.*) quer sobre as ideologias político-sociais (Moriondo, *ob. cit.*). No domínio da justiça penal, um dos melhores estudos é o de J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process.* Toronto, University of Toronto Press, 1971. Os estudos sobre os agentes da administração da justiça não se centraram apenas nos magistrados profissionais e incidiram também sobre os jurados, por exemplo. Neste campo, o estudo clássico de H. Kalven Jr. e H. Zeisel, *The American Juri.* Boston, Little Brown, 1966.

(49) Cfr. nota anterior.

(50) Sigo a caracterização proposta por E. Diaz, *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático.* Madrid, Civitas, 1978, 43 e ss.

(51) Cfr. V. Ferrari, *ob. cit.*, 338.

los estudios dirigidos a conocer las actitudes y las opiniones de los ciudadanos sobre la administración de justicia, sobre los tribunales y sobre los jueces. Una tradición de investigación que tuvo en PODGORECKI un pionero con sus estudios sobre la percepción social del derecho y de la justicia en Polonia y que se viene prolongando en múltiples investigaciones [52]. Un estudio reciente, hecho en Italia, revelaba una actitud moderadamente desfavorable para la magistraetura [53].

Todos estos estudios están dirigidos a llamar la atención para un punto tradicionalmente descuidado: la importancia crucial de los sistemas de formación y reclutamiento de los magistrados y la necesidad urgente de dotarlos de conocimientos culturales, sociológicos y económicos que los esclarezcan sobre sus propias opciones personales y sobre el significado político del cuerpo profesional a que pertenecen con vistas a posibilitarles un cierto distanciamiento crítico y una actitud de prudente vigilancia personal en el ejercicio de sus funciones en una sociedad cada vez más compleja y dinámica.

Los conflictos sociales y los mecanismos de su resolución

Este tema constituye la tercera contribución de la sociología para la administración de justicia. De otro modo, en este dominio la contribución inicial pertenece a la antoropolgía o etonología social. Los estudios de Evans PRITCHARD [54] en el Sudán, de GULLIVER [55] y Sally MOORE en Africa Oriental [56], de GLUCKMAN [57] y Van VELSEN [58] en Africa Central y Austral, de BOHANNAN [59] en Africa Occidental, tuvieron un impacto decisivo en el desenvolvimiento de la sociología del derecho. Dieron a conocer formas de derecho y padrones de vida jurídicos totalmente diferentes de las existentes en las sociedades civilizadas; derechos con bajo grado de abstracción, discernibles apenas en la solución concreta de litigios particulares; derechos con poca o nula especialización en relación a las restantes actividades sociales; mecanismos de la resolución de los litigios caracterizados por la informalidad, rapidez, participación activa de la comunidad, conciliación o mediación entre las partes a través de un discurso jurídico, retórico, persuasivo, firme, en un lenguaje ordinario. Sobre todo estos estudios revelaron la existencia en una misma sociedad de una pluralidad de derechos conviviendo e interactuando de diferentes formas. En el momento histórico en que la atropología convergía teórica y metodológicamente como una sociología, el impacto de estos estudios en la sociología del derecho fue enorme. Muchos fueron los estudios que les siguieron, teniendo por unidad de análisis el litigio (y no la norma) y por orientación teórica el pluralismo jurídico, orientados hacia el análisis de mecanismos de resolución jurídica informal de conflictos existentes en las sociedades contemporáneas y operando al margen del derecho estatal y de los tribunales oficiales. Citaré dos ejemplos. El estudio pionero de S. MACAULY sobre las prácticas jurídicas y sobre todo los conflictos jurídicos entre los productores y los comerciantes de automóviles en EE.UU., resueltos de modo informal al margen de las disposiciones del derecho comercial y de la intervención de los tribunales, orientado por el objetivo de no crear rupturas en las relaciones económicas y sacando de éstas, poderosos dispositivos sancionatorios no oficiales [60]. En segundo lugar, los estudios por mí realizados al principio de la década del 70 en las favelas de Río de Janeiro y donde me fue posible detectar y analizar la existencia en el interior de estos barrios urbanos de un derecho informal, no oficial, no profesionalizado, centrado en la Asociación de moradores que funciona como instancia de resolución de litigios entre vecinos, sobre todo en los dominios de la habitación y de la propiedad de

(52) Cfr. A. Podgorecki et all, *Knowledge and Opinion about Law*. Londres, Martin Roberston, 1973.

(53) Cfr. V. Ferrari, *ob cit.*, 312.

(54) EVANS-PRITCHARD, *The Nuer*, Nova Iorque, Oxford Univ. Press, 1969.

(55) P. GULLIVER, *Social Control in an African Society. A Study of the Arusha: Agricultural Masai of Northern Tanganyika*. Londres, RKP, 1963.

(56) SALLY MOORE, "Politics, Procedure and Normes in Changing Chagga Law", *Africa* 40 (1970), 321.

(57) M. GLUCKMAN, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester, Manchester Univ. Press, 1955.

(58) VAN VELSEN, *The Politics of Kinship*. Manchester, Manchester Univ. Press, 1964.

(59) P. BOHANNAN, *Justice and Judgment Among the Tiv*. Londres, Oxford Univ. Press, 1957.

(60) S. MACAULAY, *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and their Dealers*. Nova Iorque, Sage, 1966.

la tierra [61]. Estos y muchos otros estudios que se siguieron con objetivos analíticos semejantes permitieron concluir en lo siguiente. En primer lugar, de un punto de vista sociológico, el estado contemporáneo no tiene el monopolio de la producción y distribución del derecho. Siendo felizmente el derecho estatal el modo de jurisdicidad dominante él coexiste en la sociedad con otros modos de jurisdicidad, otros derechos que con él se articulan de modos diversos [62]. Este conjunto de articulaciones e interacciones entre varios modos de producción del derecho constituye lo que designo por formación jurídica. En segundo lugar, lo relativo al descenso de la litigiosidad civil, lejos de ser índice de disminución de conflictualidad social o jurídica es antes el resultado del desvío de esa conflictualidad para otros mecanismos de resolución, informales, más baratos y expeditivos, existentes en la sociedad.

Estas conclusiones no dejarán de influenciar algunas reformas de la administración de justicia en los últimos años. Distinguiré dos tipos de reformas: las reformas en el interior de la justicia civil tradicional; y la creación de alternativas. En cuanto a las primeras hay que distinguir las siguientes: el refuerzo de los poderes del juez en la apreciación de la prueba y en la conducción del proceso según los principios de oralidad, de concentración y de inmediación, un tipo de reformas con larga tradición en la teoría procesalista europea iniciada por la obra pionera de Franz KLEIN; la creación de un nuevo tipo de relacionamiento entre los varios participantes en el proceso, más informal, más horizontal, reconociendo un procesamiento más inteligible y una participación más activa de las partes y testigos. Como ejemplo de este tipo de reforma citaré el llamado *Stuttgart Modell* en Alemania Federal y los tribunales de gran instancia creados en 1967 en los departamentos periféricos de la región parisiense [63]; por último, y relacionado con los anteriores, las reformas en el sentido de ampliar el ámbito e incentivar el uso de la conciliación entre las partes bajo el control del juez [64].

Las reformas que reconocen la creación de alternativas constituyen hoy una de las áreas de mayor innovación en la política judicial. Ellas reconocen crear, en paralelo a la administración de justicia convencional, nuevos mecanismos de resolución de litigios cuyos trazos constitutivos tienen grandes semejanzas con los originales estudiados por la antropología y por la sociología del derecho, o sea, instituciones leves, relativa o totalmente desprofesionalizadas, por veces impidiendo asimismo la presencia de abogados de utilización barata, sino gratuita, localizados de modo de maximizar el acceso a sus servicios, operando por vía expeditiva y poco regulada, con vistas a la obtención de soluciones mediadoras entre las partes [65]. En este campo los países socialistas de Estado del Este de Europa tienen una gran experiencia (los tribunales sociales y los tribunales de camaradas, así como en China y en Japón con las instituciones, algunas ancestrales, de mediación. En tiempos recientes, son de mencionar la creación experimental de centros de Justicia de barrio en EE.UU. y los *conciliateurs* en Francia [66]. En Portugal algunas iniciativas en el mismo sentido luego del 25 de Abril no tuvieron concretización [67].

III

Para una nueva política judicial

Pasaré ahora a mencionar las líneas de inves-

(61) B. 45 SOUSA SANTOS, *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasagarda Law*. Cuernavaca, CIDOC, 1974; id. "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada" *Law and Society Review* 12 (1977), 5.

(62) Cfr. B. de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder*, cit. 64 e ss.; F. Ruivo e M. M. Leitão Marques, "Comunidade e Antropologia Jurídica em Jorge Dias: Vilarinho da Furna e Rio de Onor", *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10 (1982), 41.

(63) Cfr. C. Ballé et all, *Le changement dans l'Institution Judiciaire*, Paris, Ministério da Justiça, 1981.

(64) Uma proposta defendida entre nós por Pessoa Vaz, *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Coimbra, 1976.

(65) A caracterização geral destas alternativas em B. de Sousa Santos, "O Direito e a Comunidade: as Transformações Recentes na Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados", *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10 (1982), 9; id., "A Participação Popular na Administração da Justiça", in Sindicato dos Magistrados do M. P., *A participação Popular na Administração da Justiça. Lisboa*, Livros Horizonte, 1982, 83.

(66) A melhor colectânea de estudos sobre estas experiências: R. Abel (org.) *The Politics of Informal Justice*. Nova Iorque, Academic Press, 2 vols. 1982.

(67) Em geral, Sindicato dos Magistrados do M. P., *A participação Popular*, cit.

tigación más promisorias en el dominio de la sociología de la administración de justicia y su posible impacto en la creación de lo que designaré como una "nueva política judicial".

1. La democratización de la administración de justicia es una dimensión fundamental de la democratización de la vida social, económica y política. Esta democratización tiene dos vertientes. La primera dice respecto a la constitución interna del proceso e incluye una serie de orientaciones tales como: un mayor entendimiento y participación de los ciudadanos, individualmente o en grupos organizados, en la administración de justicia; la simplificación de los actos procesales y el incentivo a la conciliación de las partes, el aumento de los poderes del juez; la ampliación del concepto de la legitimidad de las partes y de los intereses en discusión. La segunda vertiente dice respecto a la democratización del acceso a la justicia. Es necesario crear un Servicio Nacional de Justicia, un sistema de servicios jurídico-sociales, administrado por el Estado y por las autarquías locales con la colaboración de las organizaciones profesionales y sociales, que garantice la igualdad de acceso a la justicia de las partes de diferentes clases o estratos sociales. Este servicio no se debe limitar a eliminar los obstáculos económicos para el consumo de la justicia por parte de grupos sociales de pequeños recursos. Debe tentar también eliminar los obstáculos sociales y culturales, esclareciendo a los ciudadanos sobre sus derechos, sobre todo los de reciente adquisición, a través de consultas individuales y colectivas, de acciones educativas en los medios de comunicación, en los cocales de trabajo, en las escuelas, etc.

2. Estas medidas de democratización, a pesar de amplias, tienen límites obvios.

La desigualdad de la protección de los intereses sociales de los diferentes grupos sociales está cristalizada en el propio derecho sustantivo por lo que la democratización de la administración de justicia aún plenamente realizada no conseguirá más que identificar los mecanismos de reproducción de la desigualdad. Hace poco un jurista chileno decía que no tenía sentido luchar en su país por el acceso a la justicia por parte de las clases populares ya que el derecho sustantivo era tan discriminatorio en relación a ellas que la actitud política democrática consistía exactamente en minimizar el acceso. En los EE.UU. los servicios jurídicos para los pobres acabarán muchas veces por proponer reformas en el derecho sustantivo que den mayor satisfacción a los intereses de sus clientes en cuanto clase social.

En nuestro país, sobre todo en los últimos diez años, fue promulgada una legislación que de modo más o menos efectivo pretende ir al encuentro de los intereses de las clases sociales trabajadoras y también de los intereses emergentes en los dominios de la seguridad social y de la cualidad de vida, por ejemplo, a las que son particularmente sensibles las clases medias. Sucede, sin embargo, que mucha de esa legislación ha permanecido letra muerta. Puede también aventurarse como hipótesis de ley sociológica que *cuanto más caracterizadamente una ley protege los intereses populares y emergentes mayor es la probabilidad de que ella no sea aplicada.* Siendo así, la lucha democrática por el derecho debe ser en nuestro país una lucha por la aplicación del derecho vigente tanto cuanto una lucha por el cambio del derecho.

De otro modo, mismo con base en el derecho sustantivo pero sedimentado en el ordenamiento jurídico portugués, mediante interpretaciones innovadoras de la ley, obtener nuevas protecciones para los intereses sociales hasta ahora menos protegidos. Fue esta la postura final del movimiento que en Italia se hizo conocido por el uso alternativo del derecho [68]. En este campo son varias las experiencias de toda índole. Referiré a título de ejemplo los estudios que he venido realizando en Recife sobre los conflictos urbanos, sobre todo conflictos de la propiedad de la tierra en los barrios marginales donde vive la mitad de la población de la ciudad. Esta investigación revela que los habitantes de los barrios han conseguido algunas victorias en los tribunales aunque el cúmulo de sus argumentos sean relativamente frágiles en términos estrictamente jurídicos. Estas victorias configuran un auténtico uso alternativo del derecho hecho posible por la argumentación técnicamente sofisticada de abogados altamente competentes puestos gratuitamente a disposición de las clases populares por la comisión de Justicia y Paz de la diócesis de Olinda y Recife por iniciativa del obispo D. Helder Cámara [69].

---

(68) P. BARCELONA (org.) *L'Uso Alternativo del Diritto.* Bari, Laterza, 2 vols., 1973. Cfr. também N. Calera et all, *Sobre el Uso Alternativo del Derecho.* Valencia, Fernando Torres, 1978.

(69) B. DE SOUSA SANTOS, *Law State and Urban Struggles in Recife,* Brazil, Madison, University of Wisconsin, 1982; id. "Os Conflitos Urbanos

Pero también aquí, la interpretación innovadora del derecho sustantivo coincide en el aumento de los poderes de los jueces en la conducción del proceso.

3. La disminución relativa de lo contencioso civil detectada en varios países ha sido considerada disfuncional o sea, como negativo en relación al proceso de democratización de la justicia. Un análisis psicológico de la persistencia de ese fenómeno revela que ella puede ser funcional para la prosecución de ciertos intereses privileguiados a quienes la visibilidad propia de la justicia por las razones que expusimos, la verdad es que las clases de mayores recursos tienden igualmente a resolver sus litigios fuera del campo judicial. Esto ha sido observado en muchos países. En Italia y en los EE. UU. por ejemplo, parece claro que son las clases intermedias (pequeños y medios acreedores y propietarios, etc.) quienes más recurren a los tribunales [70]. Estudios muy recientes realizados en Bélgica verifican igualmente la creciente marginalización de las magistraturas económicas en una época de crisis en que, sobre todo a nivel de los grandes grupos económicos y financieros, las consideraciones de oportunidad económica sobrepujan en mucho las consideraciones de legalidad económicas [71]. La composición particularista y secreta de intereses económicos que, por la envergadura de éstos, afectan significativamente los intereses sociales globales, es hecha, muchas veces, con la connivencia y la ratificación de los aparatos políticos y administrativos del Estado, más fuera del escrutinio público a que la justicia civil los expone. Este particularismo es, de otro modo, uno de los factores de emergencia de nuevas formas de pluralismo jurídico en las sociedades capitalistas avanzadas, formas que constituyen la expresión socio-jurídica de lo que —en el campo de la ciencia política— se ha venido a llamar neocorporativismo.

En estas condiciones, no me parece posible que el Estado pueda a través de medidas de dinamización de la administración de justicia, absorber en futuro próximo estas formas de justicia privada, como a veces se designan. Cuando mucho, es posible que los grupos neo-corporativistas más organizados vengan a tener poder político suficiente para imponer tutelas jurisdiccionales diferenciadas pero afectadas a la dinámica interna de sus intereses. No me parece tampoco que estos mecanismos de resolución de los litigios al margen del control del Estado sean intrínsecamente negativos o atentatorios de la democracia. Pueden, por el contrario, ser agentes de democratización de la sociedad. Todo depende del contenido de los intereses en juego y del impacto de su comercio privado en el proceso de desenvolvimiento democrático de la sociedad en su todo.

Sin embargo, es cierto que muchas de las reformas recientes de la administración de justicia vieron reducir su marginalidad o residualidad. Están en estos casos las reformas de informalización de la justicia a que hice referencia. Las alternativas informales son una creación jurídica compleja cuyas relaciones con el poder del Estado deben ser analizadas, análisis que hice en otro lugar y que no repetiré aquí [72]. Bastará decir que en las experiencias en curso el control o supervisión del Estado varía mucho y que en ellas la cuestión de la accesoriedad no tiene que ver con la asistencia jurídica pero antes que nada con la capacitación de las partes en función de las posiciones estructurales que ocupan. En los casos en que los litigios ocurren entre ciudadanos o grupos de poder socio-económicos paralelos (litigios entre vecinos, entre operarios, entre estudiantes, entre campesinos, etc.) la informalización de la justicia puede ser un genuino factor de democratización. Por el contrario, en los litigios entre ciudadanos o grupos con posiciones de poder estructuralmente desiguales (litigios entre patrones y obreros, entre consumidores y productores, entre inquilinos y señoríos) es bien posible que la informalización traiga consigo la deterioración de la posición jurídica de la parte más débil, el recurrente pierda las garantías procesales, y contribuya así para la consolidación de las desigualdades sociales; a menos que los amplios poderes del juez profesional o lego puedan ser utilizados para compensar la pérdida de las garantías, lo que será siempre difícil una vez que estos tribunales informales tienden a estar des-

no Recife: O Caso do Skylab", *Revista Crítica de Ciências Sociais* 11 (1983), 9.

(70) Cfr. E. Resta, *Conflitti Sociali*, cit., 83; Nos EUA o estudo mais recente e sofisticado foi levado a cabo na Universidade de Wisconsin-Madison. Uma panorâmica geral dos resultados em *Law and Society Review* 15 (1980-81): "Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation".

(71) A Jacquemin e B. Remiche (orgs.), *Les Magistratures Economiques et la Crise*. Bruxelas, CRISP, 1984.

(72) B. DE SOUSA SANTOS, "O Direito e a Comunidade" cit.

provistos de medios sancionatorios eficaces. A título de ejemplo, refiero que después de la creación del tribunal de habitación en New York destinado a resolver de modo expedito, informal y desprofesionalizado los conflictos entre inquilinos y propietarios el número de desalojos aumentó [73]. Los inquilinos habían dejado de contar con los expedientes procesales utilizados por los abogados para defender o combatir el desalojo.

Sin embargo, la situación que en el futuro mejor y más peligrosamente simbolizará la disociación entre justicia rápida y justicia democrática dependerá a mi entender de las reformas hoy en curso con vista no a informalización, pero sí a informatización de justicia, una cuestión que no abordaré aquí.

5. La contribución mayor de la sociología para la democratización de la administración de justicia consiste en mostrar empíricamente que las reformas del proceso o mismo del derecho sustantivo no tendrán mucho significado si no fueran complementadas con otros dos tipos de reformas. Por un lado, la reforma de la organización judicial la cual no puede contribuir para la democratización de la justicia si ella misma no fuera internamente democrática. En este caso, la democratización debe correr en paralelo con la racionalización de la división del trabajo y con una nueva gestión de los recursos de tiempo y de capacidad técnica. Por otro lado, la reforma de la formación y de los procesos de reclutamiento de los magistrados sin la cual la ampliación de los poderes del juez propuesta en muchas de las reformas aquí referidas carecerá de sentido y podrá eventualmente ser contraproducente para la democratización de la administración de justicia que se pretende. Las nuevas generaciones de jueces y magistrados deberán ser equipadas con conocimientos vastos y diversificados (económicos, sociológicos, políticos) sobre la sociedad en general y sobre la administración de justicia en particular. Esos conocimientos tienen que ser vueltos disponibles y sobre todo en lo que respecta a los conocimientos sobre administración de la justicia en nuestro país, esos conocimientos tienen todavía que ser creados, por lo que se saluda la reciente creación en el ámbito del Centro de Estudios judiciales, del Gabinete de Estudios Jurídico-Sociales a cuya vocación parece ser precisamente la de generar ese tipo de conocimientos.

Es necesario aceptar los riesgos de una magistratura culturalmente esclarecida. Por un lado ella reivindicará el aumento de poderes decisorios pero eso, como se vio, va en el sentido de muchas propuestas y no presenta peligros mayores si hubiera un adecuado sistema de recursos. Por otro lado, ella tenderá a subordinar la cohesión corporativa a la lealtad a las ideas sociales y políticas disponibles en la sociedad. De aquí resultará una cierta ruptura ideológica que puede tener repercusiones organizativas. Esto no debe ser visto como patológico sino como fisiológico. Esas fracturas y los conflictos a que ellas darán lugar será una verdadera palanca del proceso de democratización de la justicia.

(73) M. LAZERSON, "In the Halls of Justice, The Only Justice is in the Halls", in R. Abel (org.) *The Politics of Informal Justice* cit. I, 119.