

# Contra el acuerdo extrajudicial \*

Owen M. Fiss \*\*

Traducción de Lelia Mooney Sirotinsky

En un reciente informe presentado a los *Harvard Overseers*, el Rector Derek Bok efectuó un llamado para que la educación legal tome una nueva dirección.<sup>1</sup> Censuró “esa familiar inclinación que tienen los planes de estudio de las facultades de derecho en el sentido de que preparan a los estudiantes para el combate legal” y, en su lugar, pidió que las facultades entrenen a sus alumnos “en las artes suaves de la reconciliación y el acercamiento de las diferencias.”<sup>2</sup> Buscó mover nuestra atención de los tribunales hacia “nuevos y voluntarios mecanismos”<sup>3</sup> de resolución de disputas. Al hacer esto, Bok tocó temas por mucho tiempo asociados con el Presidente de la Corte Suprema Burger,<sup>4</sup> y que se han convertido en un impulso para el colegio de abogados y en fuente de un nuevo movimiento dentro del derecho. Este movimiento es el objeto de una nueva revista profesional,<sup>5</sup> una sección recientemente formada dentro de la Asociación Americana de Facultades de Derecho y de varios institutos que cuentan con muy buen financiamiento. Hasta ha recibido su propia sigla-ADR (*Alternative Dispute Resolution* o Resolución Alternativa de Disputas).

El movimiento promete reducir el monto de litigios iniciados y, consecuentemente, la magnitud de sus propuestas están consagradas a la negociación y mediación previas al juicio. Pero el interés en las llamadas “artes suaves” no ha sido tan limitado. Se extiende también a los litigios en curso ya que los defensores de la ADR han encontrado nuevos caminos para facilitar y aún presionar a las partes a que concerten acuerdos en causas judiciales pendientes.

Los defensores de la ADR están dispuestos a apoyar este tipo de medidas y a resaltar más generalmente la idea de arribar a un acuerdo (como propósito explícito de las “audiencias prejudiciales” donde se invitaba a las partes a considerar la posibilidad de llegar a acuerdos o de utilizar procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos) porque ven a la sentencia como un proceso utilizado para resolver disputas. Actúan como si los tribunales hubieran sido creados para resolver desavenencias entre vecinos que han llegado a un

---

\* Publicado originalmente en *The Yale Law Journal*, Volumen 9, Número 6, Mayo de 1984. Este ensayo se basa en un discurso que di en San Francisco el 6 de enero de 1984 en una sesión conjunta de las Secciones de Procedimiento Civil y Resolución Alternativa de Disputas de la Asociación Americana de Facultades de Derecho.

\*\* Owen M. Fiss es Profesor Sterling de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

1. Bok, *A Flawed System*, HARV. MAG., Mayo-Junio 1983, reimpresso en N.Y. ST. B. J., Oct. 1983; extractado en 33 J. LEGAL EDUC. 570 (1983).

2. Bok, supra nota 1, en 45.

3. Id.

4. Ver, por ejemplo, Burger, *Isn't There a Better Way?*, 68 A.B.A. J. 274 (1982); Burger, *Agenda for 2000 A.D.- A Need for Systematic Anticipation*, 70 F.R.D. 83, 93-96 (1976).

5. Se trata del *Journal of Dispute Resolution*, publicado por Universidad de Missouri-Columbia School of Law. N. del T.

impasse y buscan un extraño para que los ayude.<sup>6</sup> Así, se ve a los tribunales como la institucionalización del extraño y a la sentencia como el proceso por el cual ese extraño ejercita poder. El hecho mismo de que los vecinos hayan recurrido a alguien más para resolver sus desaveniencias representa una ruptura en sus relaciones sociales; quienes abogan por la ADR lo reconocen pero, sin embargo, están esperanzados en que los vecinos podrán llegar a alcanzar un acuerdo antes de que el extraño pronuncie su sentencia. El acuerdo es ese arreglo entre las partes. Es una tregua más que una verdadera reconciliación, pero parece ser preferible a la sentencia pues reside en el consentimiento de ambas partes evitándose los costos de un largo juicio.

Sin embargo, esta consideración de la sentencia y el argumento en favor del acuerdo residen en premisas que admiten cuestionamientos. No creo que el acuerdo, como práctica genérica, sea preferible a la sentencia o que deba ser institucionalizado indiscriminadamente. En su lugar, debe ser tratado como una técnica altamente problemática para reducir los procesos judiciales. El acuerdo es para mí la analogía civil del “plea bargaining”<sup>7</sup>: en varias ocasiones el consentimiento es producto de la coacción; el arreglo puede efectuarse por alguien que carezca de autoridad; la ausencia de un proceso y de una sentencia tornan engorrosa la posterior actuación judicial; y, aunque el cúmulo de la tarea judicial se reduzca, quizá tampoco de esa manera se haga justicia. Como en el “plea bargaining”, el acuerdo es una capitulación ante las condiciones impuestas por la sociedad y no debe ser alentado ni alabado.

## EL DESEQUILIBRIO DE PODER

Al ver al juicio como una contienda entre dos vecinos, la historia disputa-resolución que subyace a la ADR nos convoca, implícitamente, a que asumamos una fría igualdad entre las partes en conflicto. Trata al acuerdo como la anticipación del resultado del juicio y presupone que los términos de ese arreglo son simplemente un producto de las predicciones que realizan las partes sobre ese resultado.<sup>8</sup> En verdad, el acuerdo es también una función de los recursos disponibles para cada parte para financiar el litigio, y aquellos recursos están frecuentemente distribuidos con desigualdad. Muchos juicios no consisten en la disputa por una propiedad entre dos vecinos, o entre AT&T y el gobierno sino que importan una lucha entre un miembro de una minoría racial y el departamento de policía local por presunta brutalidad, o los reclamos de trabajadores contra empresas por causa de enfermedades laborales. En esos casos, la distribución de los recursos financieros o la capacidad de una

---

6. Martin Shapiro provee una formulación de la historia disputa-resolución. Ver M. SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 1-2 (1981).

7. Negociación entre el fiscal y el acusado en la que aquél acuerda limitar las acusaciones que formulará o las penas que solicitará, y el acusado conviene en reconocer su culpabilidad respecto de ciertas acusaciones. N. del T.

8. Ver, Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973); Priest, *Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, 1 SUP. CT. ECON. REV. 163 (1982); Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. LEGAL STUD. 55 (1982).

parte de soportar los costos, interferirán invariablemente en el proceso de negociación, y el acuerdo entrará en conflicto con el concepto de justicia que busca que la riqueza de las partes sea irrelevante.

Esta disparidad de recursos puede influenciar el acuerdo de tres maneras. Primero, la parte más pobre puede estar menos capacitada para acumular y analizar la información necesaria para predecir el resultado del litigio y, por ese motivo, encontrarse en desventaja en el proceso de negociación. Segundo, esta puede necesitar inmediatamente la compensación que busca y por ello ser inducida a llegar a un acuerdo como una manera de acelerar el pago, aunque esté conciente de que recibirá un monto menor al que percibiría si esperara el pronunciamiento de la sentencia. Todos los demandantes quieren una compensación inmediata, pero un actor indigente puede ser explotado por un demandado rico porque su necesidad es tan grande que este último puede forzarlo a aceptar una suma que es menor que el valor presente de la sentencia. Tercero, la parte más pobre puede ser forzada a acordar porque no tiene los recursos para financiar el litigio, para cubrir sus propias costas, como las horas de trabajo de su abogado, o los costos que su oponente le puede imponer a través del manipuleo de mecanismos procedimentales como el *discovery*.<sup>9</sup>

Parecería que el acuerdo beneficiara al demandante al permitirle rechazar los costos del juicio, pero no es así. El demandado puede estimar los costos del litigio como si el caso fuera a ser tratado en su totalidad y así reducir su oferta en base a tal monto. El demandante indigente es una víctima de los costos del juicio, aún cuando logre llegar a un acuerdo.

Sin embargo, existen excepciones. Aparentemente, los demandados ricos pueden, algunas veces, ser objeto de presiones financieras que los induzcan ansiosamente a llegar a un acuerdo como sucede a los mismos demandantes indigentes. Pero dudo que estas circunstancias se produzcan con mucha frecuencia. También dudo de que medidas institucionales como los “*contigent fee*”<sup>10</sup> o la provisión de servicios de asistencia jurídica gratuita efectivamente logren balancear los recursos entre las partes en contienda. Los “*contigent fee*” no equilibran recursos, sólo sujetan al demandante indigente a la discrecionalidad del colegio de abogados para invertir en su caso. Los subsidios gubernamentales para asistencia jurídica tienen un potencial más amplio pero la batalla por éstos ha sido duramente librada en el campo civil y, en la práctica, se encuentran extremadamente limitados, especialmente respecto de casos que buscan reformas sistémicas de prácticas gubernamentales.

Por supuesto que los desequilibrios de poder también pueden distorsionar la sentencia: los recursos influyen la calidad de la presentación, la cual, a su vez, ejerce una notable influencia en quién gana y en los términos de la victoria. De cualquier manera, contamos con la presencia del juez, quien puede emplear una serie de medidas para reducir el impacto de las desigualdades distributivas. Puede, por ejemplo, complementar las presentaciones de las partes a través del planteo de preguntas, llamando a sus propios testigos, e invitando a otras

---

9. Conjunto de actos procesales destinados a que las partes de un litigio obtengan información y pruebas sobre los hechos relativos a tal litigio, mediante interrogatorio, producción de documentos u otros medios. N. del T.

10. Honorarios sujetos a un pacto de cuota litis. N. del T.

personas e instituciones a que participen como *amici*.<sup>11</sup> Es probable que estas medidas sólo efectúen una pequeña contribución para lograr moderar la influencia de esas desigualdades distributivas, pero no deberían ser ignoradas por tal motivo. Ninguno de estos pasos son posibles con el acuerdo. Es más, existe una diferencia crítica entre un proceso como el del acuerdo extrajudicial, que se basa en la negociación y acepta desigualdades económicas como un componente legítimo del proceso, y un proceso como el judicial, el cual deliberadamente lucha contra las mismas. La sentencia del juez aspira a la independencia de las desigualdades distributivas y gran parte de su atractivo reside en esta aspiración.

## LA AUSENCIA DE UN LEGÍTIMO CONSENTIMIENTO

El argumento en favor del acuerdo extrajudicial presupone que quienes están en conflicto son individuos. Estos hablan por sí mismos y deben estar obligados por las reglas que generan. Sin embargo, en muchas situaciones, estos individuos se encuentran atrapados por relaciones contractuales que deterioran su autonomía: los abogados o las compañías de seguro, por ejemplo, podrían consentir acuerdos que responden a sus intereses pero que no responden a los intereses de sus clientes, y a los cuales estos últimos no prestarían su consentimiento si la decisión estuviera en sus manos.<sup>12</sup> Pero un problema más profundo y difícil de tratar se relaciona con el hecho de que muchas partes no son individuos sino organizaciones o grupos. No sabemos quién está legitimado para hablar por tales entidades y para prestar el consentimiento del cual, en gran medida, depende el perfeccionamiento del acuerdo.

Algunas organizaciones, como las compañías o los sindicatos, tienen procedimientos formales para identificar las personas que están autorizadas a hablar por ellos. Pero estos procedimientos son imperfectos: están diseñados para facilitar transacciones entre la organización y quienes no pertenecen a ella en lugar de asegurar que los miembros de las organizaciones estén efectivamente de acuerdo con una decisión en particular. Tampoco descartan conflictos o intereses. El presidente de una compañía puede llegar a un acuerdo en un juicio para impedir que se revele información perjudicial sobre sus políticas administrativas cuando, contrariamente, la producción de tales revelaciones podría responder al interés de los accionistas. El presidente de un sindicato puede prestar su consentimiento y finalizar un acuerdo como una manera de preservar su poder dentro de la organización; y por tal motivo no lo sometería a la ratificación de los miembros.<sup>13</sup> Más aún, los procedimientos de

---

11. *Amici*, de *amicus curiae*, literalmente amigo del tribunal. Persona que, no siendo parte en un juicio, tiene interés en el resultado del mismo y formula en consecuencia una presentación u opinión respecto de la materia objeto de tal juicio. N. del T.

12. Ver, por ejemplo, *Glazer v. J.C. Bradford & Co.*, 616 F.2d 167 (5th Cr. 1980) donde la corte sostuvo que el actor estuvo obligado por la oferta presentada por su abogado para llegar a un acuerdo simplemente porque lo había instruido a este último para que investigue la posibilidad de que el caso se pudiera resolver de esa manera.

13. Para una discusión general sobre cómo los sindicatos suelen constreñir a sus miembros para que concierten acuerdos sin autorizarlos a jugar ningún rol en el proceso de negociación ni ningún derecho para ratificar el contrato eventualmente convenido, ver Hyde, *Democracy in Collective Bargaining*, 93 YALE L.Y. 793 (1984).

representación encontrados en las compañías, sindicatos u otras organizaciones formales privadas no son universales. La mayoría de los litigios contemporáneos, especialmente en los tribunales federales, involucran agencias gubernamentales,<sup>14</sup> y los procedimientos utilizados para generar un consentimiento legítimo dentro de estas organizaciones son mucho más conflictivos que los utilizados en el contexto de las compañías privadas.

Estos problemas se agudizan aún más cuando dejamos las organizaciones y consideramos el hecho de que la mayoría de los procesos judiciales contemporáneos involucran entidades sociales más difusas aún, denominadas grupos. Algunos de ellos, como las minorías raciales o étnicas, reclusos o personas confinadas en instituciones de rehabilitación mental, pueden tener una identidad o existencia que trasciende al juicio, pero no poseen organización estructural alguna y, por ende, carecen de procedimientos que generen un consentimiento legítimo.

El caso presentado por el representante de un grupo o una organización influenciará definitivamente el resultado del juicio y tal resultado impondrá responsabilidades a aquellos que quedarían obligados por un acuerdo. Por otra parte, la sentencia no pide tanto de los llamados representantes. Existe una distancia conceptual y normativa entre lo que los representantes hacen y dicen y lo que la corte eventualmente decide, porque el juez pone a prueba aquellas afirmaciones y acciones que están en contra del proceso independiente y de los estándares sustantivos. La autoridad de la sentencia proviene de la ley, no de las afirmaciones o acciones de los representantes putativos. Por tal motivo, permitimos que la sentencia obligue a las personas que no están involucradas directamente en el litigio y somos reacios a que el acuerdo extrajudicial lo haga.

Los procedimientos diseñados para reglamentar el proceso por el que se llega al acuerdo extrajudicial, cuando están involucrados grupos u organizaciones, no han podido eliminar las dificultades de generar un consentimiento legítimo. Algunos de estos procedimientos establecen un estándar sustantivo para aprobar el acuerdo y sin considerar la cuestión del consentimiento. El punto en cuestión es la Ley Tunney. La misma prescribe procedimientos de notificación a terceros de los acuerdos propuestos en un juicio entablado por el Gobierno por violación de leyes antimonopólicas y exige al juez que decida si tal acuerdo propuesto por el Departamento de Justicia responde al interés público. Esta ley reconoce implícitamente la dificultad en determinar quién está legitimado para expresar la voluntad de los Estados Unidos con suficiente autoridad y no brinda al juez guía alguna cuando toma tal decisión o cuando aprueba el acuerdo. Parece que el estándar del interés público invita, de hecho, a la consideración de factores extrajudiciales tales como la sensibilidad popular y la distribución eficiente de los recursos de la fiscalía.

Otros mecanismos de regulación existentes como la Regla 23, que rige para las acciones de clase, no realizan esfuerzo alguno para articular algún

---

14. Según el Juez Gilbert Merritt, casi la mitad de los casos del Sexto Circuito consisten en juicios contra las agencias del gobierno u oficiales. Merritt, *Owen Fiss in Paradise Lost: The Judicial Bureaucracy in the Administrative State*, 92 YALE L.J. (1983).

estándar sustantivo para aprobar acuerdos, pero sí encomiendan al juez la causa completa. En casos de esta naturaleza, la aprobación del juez debe fijarse teóricamente en lo que el grupo consienta, pero determinar la existencia o no de ese consentimiento es prácticamente imposible, porque el verdadero consentimiento consiste en nada menos que la expresión de la unanimidad de todos los miembros del grupo, que podrían sumar cientos de miles o estar dispersos en todos los Estados Unidos. A su vez, la aprobación del juez depende de cuán cerca o lejos se encuentra el acuerdo de lo que él imagina que estaría la sentencia que pronuncie. Contrariamente a lo que la visión del proceso en términos de disputa-resolución sugiere, la base para aprobar un acuerdo, no es el consentimiento sino la aproximación del acuerdo a la sentencia. Esto puede inducir a pensar que estoy a favor del acuerdo, salvo por el hecho de que la utilización de la sentencia como una medida del acuerdo es profundamente extraña: nunca ha sido dictada pero sí imaginada. Ha sido construida sin el beneficio de un juicio completo y, al mismo tiempo, el juez ya no puede contar con la presentación completa prometida por el sistema adversarial. Las partes en disputa han cerrado una negociación y tienen interés en defender el acuerdo y en convencer al juez de que éste respeta la ley.

### **CARENCIA DE FUNDAMENTOS PARA CONTINUAR CON LA ACTUACIÓN JUDICIAL**

La visión del proceso en términos de disputa-resolución trivializa las dimensiones reparadoras de los juicios y, erróneamente, asume que la sentencia es el final del proceso. También supone que la tarea del juez es declarar cuál de los vecinos tiene razón y cuál no y que esa declaración terminará con su actuación (salvo aquellas situaciones excepcionales donde también es necesario que él dicte una orden para que las fuerzas de seguridad ejecuten tal declaración). Bajo estas hipótesis, el acuerdo aparece casi como un sustituto de la sentencia, que también prescribe los derechos de las partes. Sin embargo, en muchos casos, la sentencia no es el fin del juicio sino sólo su comienzo. La actuación de la corte puede continuar casi indefinidamente. En estos casos, el acuerdo no puede brindar un fundamento adecuado para esa necesaria intervención debido a que no es un sustituto de la sentencia.

Algunas veces puede suceder que las partes estén cercadas por la situación de enfrentamiento en que se encuentran y, por ello, sólo visualizan al proceso judicial como una fase dentro de un camino de lucha continua y larga. El pronunciamiento de la sentencia no pondrá fin a tal contienda, pero cambiará sus términos y balanceará el poder. Una de las partes invariablemente regresará a la corte requiriendo su asistencia no porque las condiciones hayan cambiado sino porque, desafortunadamente, las condiciones que precedieron al juicio no han cambiado. Generalmente, esto sucede dentro del marco de las relaciones domésticas, donde la sentencia de divorcio representa sólo el disparo inicial de una interminable serie de batallas por la custodia y el apoyo económico.

Los casos de reforma estructural que juegan un rol preponderante en los juicios federales proveen otra oportunidad para continuar con la actuación judicial. En estos casos, los tribunales buscan salvaguardar los valores públicos

por medio de la reestructuración de las organizaciones burocráticas.<sup>15</sup> La tarea es enorme y nuestro conocimiento sobre cómo reestructurar las organizaciones burocráticas existentes es limitado. Como consecuencia, los tribunales deben examinar y manejar los remedios reparadores durante largos períodos y, muchas veces, por siempre. Temo que esto sea cierto en la mayoría de los casos de integración a las escuelas, muchos de los cuales han estado pendientes por veinte o treinta años.<sup>16</sup> También es cierto en los casos de violaciones a leyes antimonopólicas que buscan el desapoderamiento o reorganización de una industria.

La atracción por el acuerdo deriva, en gran parte, del hecho de que rechaza la necesidad de un juicio. Por ello, debe arribarse a él antes de que el juicio haya terminado y de que el juez haya formalizado los hallazgos de hecho y las conclusiones de derecho. Así, frente a un requerimiento de modificación de un “*consent decree*”<sup>17</sup>, el juez debe reconstruir retrospectivamente la situación al momento en que tal resolución fue dictada, y decidir si las actuales condiciones han cambiado como para garantizar la modificación peticionada. En el juicio de *Meat Packers*, por ejemplo, donde este tipo de resoluciones gobernó la industria por casi medio siglo, se requirió al juez una modificación y en 1960 tuvo que reconstruir el peligro que había existido al momento del dictado de la misma en 1920 para determinar si ésta se había convertido en una “sombra”.<sup>18</sup> Tal reclamo roza lo absurdo, y es susceptible de disipar todos los recursos judiciales que el proceso del acuerdo haya ahorrado.

El acuerdo obstruye también la imposición vigorosa, lo que algunas veces requiere la utilización de las facultades disciplinarias del tribunal; estando disponible para castigar las violaciones al acatamiento de un *consent decree*.<sup>19</sup> Pero a los tribunales les preocupa utilizar ese poder para hacer cumplir solamente los decretos basados en el consentimiento, especialmente cuando esa imposición está entre los objetivos de funcionarios públicos de jerarquía como fue evidente en el caso de desinstitucionalización de Willowbock<sup>20</sup> y en el caso de integración racial de Chicago.<sup>21</sup> Sucede que las mismas no ven a la negociación entre partes como fundamento adecuado del ejercicio de sus poderes coercitivos.

Algunas veces el acuerdo entre las partes se extiende más allá de los términos de la resolución e incluye “hallazgos de hechos” y “conclusiones de

---

15. Defino la relación entre la reforma estructural y la historia disputa-resolución con mayor profundidad en otro lugar. Ver, Fiss, *The Social and Political Foundations of Adjudication*, 6 L. & HUMAN BEHAV. 121 (1982).

16. Ver, por ejemplo, *Clarck v. Board of Educ.*, 705 F.2d 265 (8th Cir. 1983) (continuación del caso integracionista de Little Rock); *Brown v. Board of Educ.*, 84 F.R.D. 383 (D. Kan 1979) (buscando intervención en el caso original de integración en Topeka en lugar de la clase representada por la hija de Linda Brown).

17. Resolución judicial emitida previa al acuerdo de las partes. N. del T.

18. Ver, *United States v. Swift & Co.*, 189 F. Supp. 885, 904, 910-12 (N.D. III 1960), *aff'd* 367 U.S. 909 (1961). Para una historia del decreto consentido de *Meat Packers*, ver O. FISS, *INJUNCTIONS* 325-99 (1972).

19. Ver, DOBBS, *HANDBOOK ON THE LAW OF REMEDIES* (1973).

20. Ver, *New York State Ass's for Retarded Children v. Carey*, 631 F.2d 162, 163-64 (2d Cir. 1980).

21. Ver, *United States v. Board of Educ.*, 717 F.2d 378, 384-85 (7th Cir. 1983).

derecho”, pero aún bajo tales circunstancias falta una adecuada justificación para utilizar las facultades disciplinarias del poder judicial. Dado el principal propósito del acuerdo (evitar el juicio), los llamados “hallazgos” y “conclusiones” son necesariamente productos de una negociación entre las partes en lugar de un juicio y una sentencia judicial independiente. Es cierto que el demandante es libre de abandonar el juicio (siempre que se compruebe que los intereses de terceros no están comprometidos) y que el demandado puede ofrecer algo a cambio, pero tal negociación para el arreglo se asemeja más a un contrato que a una medida precautoria. Esto plantea una pregunta que ya ha obtenido su respuesta toda vez que se dictan este tipo de medidas: si se debe, o no, utilizar al poder judicial para hacerlas cumplir. Aún asumiendo que el consentimiento ha sido prestado libremente y que es legítimo, la negociación es contractual y no contiene la clase de compromiso de ejecución que ya está incluido en una resolución que es producto de un proceso judicial y del juicio del tribunal.

### **JUSTICIA EN LUGAR DE PAZ**

La visión del proceso en términos de disputa-resolución nos presenta al acuerdo como un perfecto sustituto de la sentencia judicial y, como hemos visto, lo efectúa trivializando la dimensión reparadora de un juicio y reduciendo la función social del proceso judicial a la resolución de disputas privadas. En esta historia, el acuerdo parece haber alcanzado un propósito exactamente igual al de la sentencia: paz entre las partes pero a un precio considerablemente mayor para la sociedad. Los dos vecinos en conflicto recurren a un juez con el objeto de resolver tal desavenencia, y la sociedad pone su a disposición los tribunales porque quiere ayudarlos en el logro de sus fines privados o para asegurar la paz.

Sin embargo, considero que el propósito de la sentencia debe entenderse en un sentido más amplio. La sentencia utiliza recursos públicos y no emplea extraños elegidos por las partes sino funcionarios públicos elegidos por un proceso del cual participa la ciudadanía. Estos funcionarios, como los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo, poseen un poder que ha sido definido y conferido por el derecho público, no por acuerdo privado. Su trabajo no es ni maximizar los fines de las partes privadas ni mantener simplemente la paz, sino explicar y dar fuerza a los valores comprendidos en textos legítimos como la Constitución y las leyes: interpretar aquellos valores y hacer que la realidad concuerde con ellos. Esta tarea no se efectúa cuando las partes negocian un acuerdo.

Estar contra el acuerdo extrajudicial no significa urgir que las partes sean “forzadas” a litigar, ya que ello puede interferir con su autonomía y distorsionar el proceso judicial, pues éstas intentarán convencer al juez de que el acuerdo al que han arribado no es contrario al derecho y respeta los principios de justicia. Estar contra el acuerdo extrajudicial es sólo sugerir que cuando las partes concilian, la sociedad recibe menos de lo que parece y por un precio que no sabe que está pagando. Las partes pueden negociar un acuerdo aún sin hacer justicia. Arribar a un acuerdo en el caso de discriminación en la escuela puede asegurar la paz, pero no la igualdad racial. Aunque las partes estén

preparadas para vivir bajo los términos en que han negociado y aunque esa coexistencia pacífica pueda ser una precondition necesaria de justicia, ella no es la justicia en sí misma. El conciliar por algo significa aceptar algo menor que lo ideal.

Reconozco que los jueces frecuentemente anuncian los acuerdos no con un sentido de frustración sino de alivio. Pero este sentimiento debería interpretarse precisamente por lo que es: no es ni un reconocimiento de que el trabajo ha sido concluído ni una aceptación de que el mismo no debe realizarse por haber quedado asegurada la administración de justicia. En cambio, se basa en la percepción de que concluyó otro caso, lo cual es cierto, sin importar si se ha impartido o no justicia. Por otra parte, este alivio también podría basarse en el hecho de que se ha evitado la agonía de una sentencia.

A veces, el hecho de evitar dicha situación constituye un valor en sí mismo no sólo para el juez, que de tal manera se ve exceptuado de tomar o de hacer cumplir decisiones difíciles, sino también para la sociedad que a veces se beneficia del hecho de ocultar las contradicciones básicas que se producen en su seno. ¿Pero llegarán los acuerdos extrajudiciales a evitar realmente esta agonía cuando sea necesario? Otros métodos conocidos para evitar esta situación, como el *certiorari*<sup>22</sup>, al menos prometen una devoción hacia los fines públicos. Pero el acuerdo está controlado por las partes en conflicto y se encuentra sujeto a motivaciones privadas y a todo tipo de caprichos que surgen del proceso de negociación previa. Pero el evitar esta agonía también conlleva ciertos peligros que pueden exceder a cualquier beneficio imaginado. Los proponentes de la ADR-el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Burger, o hasta el Rector Bok,-pueden demostrar una cierta satisfacción con el *status quo*. Pero cuando uno ve injusticias que claman por correcciones, como el Congreso lo hizo cuando introdujo el concepto del *private attorney general* y como lo efectuó la Corte de tiempo atrás cuando trató de fortalecer el acceso a la justicia, el valor del impedimento en sí mismo desaparece y la agonía de la sentencia se transforma en su necesidad. Alguien debe enfrentar la traición de nuestros ideales más profundos y estar preparado para cambiar el mundo para reivindicarlos.

## LA VERDADERA DIVISIÓN

Ante todo esto, y a modo de confesión y prevención, uno puede imaginar fácilmente una respuesta simple: Nosotros no estamos hablando de esos juicios. Los defensores de la ADR podrían insistir en que mi defensa de la sentencia judicial, en contraste con la implicada con la visión del proceso en términos de disputa-resolución, se basa en una limitada categoría de juicios. También pueden argumentar que mientras el acuerdo puede tener poco que argumentar a su

---

22. Ver generalmente, A. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 111-99 (1962) (discutiendo "the passive virtues").

CERTIORARI: Auto por el que un tribunal superior, como consecuencia de un recurso ante él, decide avocarse al conocimiento de una causa, solicitando al tribunal inferior correspondiente su aprobación. N. del T.

favor con respecto a aquellos casos, yo no he tratado el caso “típico”. Mi respuesta a esto es doble.

Primero, y aún como una cuestión puramente cuantitativa, dudo que el número de casos a los que me estoy refiriendo sea trivial. Mi universo incluye aquellos casos en los que existen significativas desigualdades en la distribución: aquellos en los que es difícil generar legítimo consentimiento porque las organizaciones o los grupos sociales son parte o porque el poder de acordar está depositado en agentes autónomos; aquellos en los que el tribunal debe supervisar a las partes luego de la sentencia; y aquellos en los que es necesario administrar justicia; o, poniéndolo más modestamente, donde existe una genuina necesidad social que requiere una legítima interpretación de la ley. Imagino que el número de casos que satisfacen uno de estos cuatro criterios es considerable; en contraste con la clase de caso presentado en la visión disputa-resolución, probablemente ellos dominan los estantes de un sistema moderno de justicia.

Segundo, esto demanda una cierta clase de miopía que esté preocupada sólo en el número de casos, como si todos los litigios fueran iguales simplemente porque el secretario del tribunal asigna a cada uno un número de expediente. Todos los casos no son iguales. El caso integracionista de Los Ángeles,<sup>23</sup> por tomar un ejemplo, no es igual que los que se presentan tradicionalmente: una disputa por una propiedad o un accidente automovilístico. El juicio referido a integración consume más recursos, afecta a más gente y provoca mayores desafíos al poder judicial. El movimiento en favor del acuerdo debe introducir una perspectiva cualitativa; debe considerar aquellos casos más “significativos” y demostrar la conveniencia de solucionarlos. De otra manera, se los verá como irrelevantes, tratándolos como trivialidades en lugar de responder a las condiciones más importantes que dan al movimiento su mayor atracción y relevancia.

Mis objeciones no rechazarían la estrategia de distribuir los casos en “dos carriles”: uno para el acuerdo y otro para el juicio. El llegar a acuerdos en casos de accidentes automovilísticos y dejar para ser juzgados los casos de violación de leyes antimonopólicas o sobre discriminación podría reducir un gran número de juicios que esperan resolución en los estantes tribunales. Sin embargo, éstos se mantendrán sobrecargados con las causas que consumen la mayoría de los recursos judiciales y representan los ejercicios más controvertidos en el poder judicial. La estrategia de los “dos carriles” podría disipar el argumento en favor del acuerdo. Pero también dudo que ésta pueda ser razonablemente implementada. Es imposible formular un criterio de “causas-tipo” a las cuales se la puede aplicar. Los problemas del acuerdo no están atados a la materia del juicio sino que se detienen en factores que son más difíciles de identificar como la riqueza de las partes, lo que sucede después de la sentencia o la necesidad de una legítima interpretación del derecho. Los autores de la enmienda a la Regla 68 hacen un gesto hacia los “dos carriles” al

---

23. *Ver Crawford v. Board of Educ.*, 46 Cal. App. 3d 872, 120 Cal. Rptr. 334 (Ct. App. 1975), *aff'd*, 17 Cal. 3d, 551 P.2d 28, 130 Cal. Rptr. 724 (1976). Para una reciente continuación de la historia de los 20 años de litigio, ver *Crawford v. Board of Educ.*, 103 S. Ct. 3211, 3214-15 (1892).

eximir a los casos de acciones de clase y a los juicios derivados de accionistas; y autorizando al juez para que se abstenga de regular los honorarios del abogado cuando esto es “injustificado bajo toda circunstancia”. Pero al estar estos gestos restringidos y mal concebidos, es probable que incrementen la carga de trabajo de los tribunales al dar pretexto sobre nuevas materias para litigar. Es muy difícil ver cómo se pueden resolver problemas de esta naturaleza. Muchos de los factores que conducen a una sociedad a traer las relaciones sociales (que, de otra manera parecen totalmente privadas, como por ejemplo el contraer matrimonio) a la jurisdicción de los tribunales, como los desequilibrios de poder o los intereses de terceros, son también probables de transformar al acuerdo en problemático. El acuerdo es un pobre sustituto del proceso judicial: es un sustituto más pobre aún para la prórroga de la jurisdicción.

Es por estas razones que continúo siendo escéptico con respecto a la estrategia de los “dos carriles” y hasta podría resistirla. Pero el punto más importante a remarcar es que los hombres que escribieron el borrador de la Regla 68 son la excepción. No existe insinuación sobre una estrategia de los “dos carriles” en la Regla 16. De hecho, muchos aquellos que defienden a la ADR no se esfuerzan por diferenciar los casos distintos o para sugerir que “las artes suaves de la reconciliación y arreglo de diferencias” podrían resultar apropiadas para un tipo de caso pero no en otro. Esto sugiere que lo que me separa de los defensores de la ADR no es que estemos preocupados por universos de casos distintos. Sospecho que lo que nos separa es mucho más profundo y nos detiene en nuestra comprensión del proceso judicial y el lugar que éste ocupa en la sociedad. Se trata de una diferencia de perspectivas. Alguien como Bok, ve a la sentencia en términos esencialmente privados: el propósito de los juicios y de los tribunales civiles es resolver disputas, y el número de litigios que encontramos es evidencia del carácter necesariamente combativo y pendenciero de los americanos. O, como Bok lo expresa utilizando un idioma más diplomático: “En el fondo, la nuestra es una sociedad construida en base al individualismo, la competencia y el éxito.”<sup>24</sup> Desde otra perspectiva, entiendo a la sentencia en términos públicos: el litigio civil es un convenio institucional para utilizar el poder del Estado para traer la realidad recalcitrante lo más cerca de los ideales que elegimos. Acudimos a los tribunales porque necesitamos hacerlo y no debido a una peculiaridad de nuestra personalidad. Entrenamos a nuestros estudiantes en las artes duras para que ayuden a garantizar todas las promesas de la ley, y no porque queremos que se conviertan en gladiadores o porque sentimos un placer especial en combatir.

Concebir al proceso civil en términos públicos, como lo hacen los Estados Unidos, podría ser único. Estoy preparado para afirmar que ningún otro país (excluyendo a Japón, el nuevo parangón de Bok)<sup>25</sup> tiene un caso como Brown

---

24. Bok, *supra* nota 3.

25. *Id.*, Como validez de la comparación y para una mayor explicación de las determinantes de la litigiosidad, ver Haley, *The Myth of the Reluctant Litigant*, 4 J. JAPANESE STUD. 359, 389 (1978); ver también Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. REV. 4, 57-59 (1983).

v. Board of Education<sup>26</sup> en el que el poder judicial es utilizado para erradicar la estructura de castas. Estoy dispuesto a asumir que ningún otro país concibe a la ley y la usa de la forma en que lo hacemos. Pero esto debe enorgullecernos en lugar de avergonzarnos. Lo que es único no es el problema de que no estemos a la altura de nuestros ideales sino que nos encontramos solos entre las naciones del mundo que parecen estar dispuestas a hacer algo al respecto. La sentencia al estilo americano no es un reflejo de nuestra combatividad sino un tributo a nuestra inventiva y, tal vez, mucho más, a nuestro compromiso.

---

26. 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).