

LA INJERENCIA DE LAS LEYES

*Problemas de la juridificación de las relaciones sociales**

Jesús-María Silva

Resumen: *La juridificación, entendida como invasión del mundo de la vida por el Derecho, ha sido objeto de crítica en los últimos treinta años. El trabajo parte de una exposición histórica de los procesos de juridificación, haciendo hincapié en la hiperregulación propia del Estado “del bienestar”. A continuación se analizan las propuestas desjuridificadoras, poniendo de relieve algunos de sus inconvenientes. La última parte se dedica a la caracterización de algunas de las clases más relevantes –y recientes– de juridificación. La desnaturalización del Derecho y la deconstrucción social que conllevan es criticada, proponiéndose una alternativa basada en consideraciones de subsidiariedad y promoción de la acción social.*

Palabras clave: juridificación, regulación, moralidad, institucionalización, sociedad, Derecho, Estado.

Sumario: 1. Introducción, 2. Planteamiento. Las oleadas de la juridificación, 3. La opción por la desjuridificación, 4. Valoración de los diversos procesos de juridificación y sus características, 5. Balance.

“L’amitié n’est pas régie par les lois civiles... L’amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du droit. Si non, les amis fonderaient une association, une amicale selon le droit. Et cela pourrait bien être la fin de leur amitié”

J. Carbonnier¹

* Este texto recoge, en lo esencial, la ponencia defendida en el simposio “Cambio cultural y cambio social” (9-11 de mayo de 2007), organizado por las Facultades de Ciencias Sociales y la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Navarra.

1. Citado por J. FREUND, “Le droit comme motif et solution de conflits”, ARSP, Beiheft 8, 1974, pp. 47 y ss., 51.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas tres décadas, aproximadamente, el término “juridificación” (en inglés, *juridification*)² ha adquirido carta de naturaleza en las ciencias sociales como traducción del vocablo *Verrechtlichung*, utilizado en la inicial discusión alemana³. Es dudoso, sin embargo, que juridificación o *juridification* fueran inicialmente expresiones de contenido tan peyorativo como la alemana⁴.

Con todo, *Verrechtlichung*, *juridification* o juridificación no son términos que designen un fenómeno claro y uniforme⁵. Por el contrario, se habla de juridificación en contextos muy distintos y con finalidades asimismo diversas⁶, algunas de las cuales deberán

2. En francés se utiliza también “*juridification*”, al igual que en italiano el término usado es “*giuridificazione*”.

3. La introducción del término en la discusión alemana se atribuye a Otto KIRCHHEIMER, “Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus”, en *Zeitschrift für Politik* (1928), pp. 593 y ss., 597. Con él Kirchheimer pretendía referirse al hecho de que determinadas cuestiones fueran sustraídas a la distribución social de fuerzas e insertadas en la esfera del Derecho. Existe discrepancia acerca de si Kirchheimer quería referirse con ello al Derecho formal, o bien al Derecho en un sentido filosófico.

4. Esta última trasluce la idea de un exceso desnaturalizador que seguramente se expresa mejor con el término “hiperregulación” (en inglés: *overregulation*; en alemán: *Überregulierung*).

5. Además de la bibliografía que se citará en este texto, pueden consultarse, entre otros, KÜBLER (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt 1985; MAUS, “Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen”, en GÖHLER (Hrsg.), *Grundlagen der Theorie politischer Institutionen. Forschungsstand, Probleme, Perspektiven*, Opladen 1987, pp. 132 y ss.

6. BLICHER/MOLANDER, “What is juridification?”, en Centre for European Studies, University of Oslo, www.arena.uio.no, *Working Paper, No. 14* (March 2005), p. 5, distinguen cinco dimensiones de la juridificación: a) la atribución constitucional de más competencias al sistema legal; b) la regulación legal de un número creciente de actividades; c) la resolución de un número creciente de conflictos por referencia a la ley; d) la atribución de mayor poder a los profesionales del Derecho; y e) el incremento de la tendencia de los ciudadanos a pensarse a sí mismos y a los demás como sujetos de derechos.

quedar aquí necesariamente fuera de consideración. De entrada, conviene distanciar sus pretensiones críticas de las propias de la crítica marxista al Derecho como tal, visto como un mecanismo de dominación de la clase dominante⁷. Es sabido que, para el pensamiento marxista, la vinculación del surgimiento del Derecho y del Estado a la aparición en la sociedad de una diferenciación de clases sociales conducía, coherentemente, a la afirmación de que la supresión de la sociedad de clases determinaría la desaparición del Derecho, el Estado y los juristas. Ahora bien, la supresión de la sociedad de clases y su pretendida transformación en comunidad de iguales se confiaba al Estado y al derecho del socialismo: ello, en el entendimiento de que “el derecho es necesario para acabar con el derecho”⁸. En ese proceso se situó, por lo demás, en las democracias occidentales, la propuesta de recurrir a un “uso alternativo del derecho”, que expresaría una “reapropiación social de la función normativa”; en concreto, acrecentando “—a través de la crítica y el desgaste de los aparatos de dominio del derecho burgués— los poderes de autodeterminación de la clase trabajadora y de las masas populares”⁹. Al final, se trataría de una “reabsorción del derecho por la sociedad”¹⁰.

7. Cfr., por muchos, CAPELLA, “Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas” (1970), en sus *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Barcelona 1976, pp. 41 y ss., 42, al indicar que parte “del convencimiento de que todo derecho es un mal”.

8. CAPELLA, *Materiales*, p. 43. Una vez obtenida una “comunidad”, dejan de ser necesarias la democracia, la libertad política y la justicia, pero “...democracia, libertad política y justicia son necesarias para la construcción de una comunidad, para hacer posible la tarea de edificar fuentes de verdadera riqueza colectiva. También lo es determinado tipo de derecho: un derecho capaz de contribuir a su propia liquidación” (p. 97).

9. BARCELONA/COTTURRI, *El Estado y los juristas* (trad. Capella), Barcelona 1976, pp. 263 y 264-265.

10. CAPELLA, *Materiales*, p. 119. En lo relativo al Derecho penal, aludiendo a unas nuevas categorías “penales” que “una vez depuradas por juristas ‘nuevos’ —por equipos capaces de utilizar las técnicas de la sociología, la psi-

Pues bien, la alusión (crítica) a los procesos de juridificación no conlleva una crítica al Derecho como tal. En realidad, parte de que el Derecho y su modo de funcionar –lo que cabría denominar juridificación, en sentido amplio– han existido de forma continuada a lo largo de la Historia. De lo que se ha tratado, en particular, es de discutir la peculiar juridificación propia de las sociedades modernas. En esta línea, y en su uso más difundido, la expresión “juridificación” designa tan sólo la expansión de las regulaciones jurídicas en ámbitos de la vida previamente no regulados por el Derecho, así como el aumento de su densidad, mediante la especialización, en los ámbitos ya regulados por aquél¹¹. En palabras de *Habermas*, procede distinguir al respecto entre la extensión del Derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el adensamiento del Derecho, es decir, el desmenuzamiento de la materia jurídica global en varias materias particulares¹². No es el Derecho en sí, sino su exceso lo que se cuestiona¹³.

La idea de exceso requiere, sin embargo, un baremo de medición: una concepción acerca de cuáles son los términos ideales de la extensión e intensidad de la intervención jurídica en una sociedad. O, en otras palabras, una teoría de la función social del De-

cología, la educación, etc.– darán de sí una ‘disciplina’ y unas funciones que no serán ya el derecho penal y el penalista, sino ciencia de la patología social y eficaces terapeutas de una comunidad capaz de reconocerse a sí misma sin cismo”.

11. VOIGT, “Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft”, en VOIGT (Hrsg.), *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein 1980, p. 16; asimismo VOIGT, “Gegentendenzen zur Verrechtlichung”, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 9, Opladen 1983, p. 17.

12. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, II (trad. Jiménez Redondo), Madrid 1987, p. 504.

13. Cfr., de modo general, BOCK, *Recht ohne Maß. Die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*, Berlin 1988, *passim*.

recho. Y obviamente sobre ello cabe discutir. La polémica sobre la abolición del Derecho penal y la privatización de los conflictos constituye una buena muestra de ello. Como resulta sabido, es mayoritario el punto de vista que entiende que la regulación jurídico-penal pública comportó, frente a la antigua institución de la venganza privada, un incremento significativo de previsibilidad y proporcionalidad en las reacciones punitivas frente a los delitos. Con todo, para algunos, la juridificación de los conflictos interpersonales (con las consiguientes burocratización, neutralización y despersonalización) no ha hecho sino añadir nuevos males a los males ya existentes. En particular, al ahondar en el enfrentamiento, en lugar de sentar las bases de la reconciliación de las partes del conflicto. La crítica a la juridificación es, aquí, una crítica a la *formalización* y la *distancia*.

La discusión sobre la juridificación en las sociedades modernas, sin embargo, no se ha centrado fundamentalmente en esta dimensión, propia de lo que *Habermas* denominaría la primera, segunda e incluso tercera oleadas juridificadoras (la del Estado burgués, el Estado de Derecho y el Estado democrático de Derecho), sino, sobre todo, en la cuarta¹⁴. En general, ha tenido por objeto un exceso que se manifiesta no sólo en una mayor cantidad de leyes (*Gesetzesflut*), sino también en un cambio cualitativo de éstas¹⁵. En el planteamiento de *Teubner*, dicho cambio cualitativo se traduce en la aparición de un nuevo tipo de derecho, el derecho regulatorio, caracterizado por su racionalidad material por oposición a la racionalidad formal¹⁶. Esta juridificación responde, entonces, a un intento de alcanzar la justicia a través de más Dere-

14. HABERMAS, *Acción comunicativa*, II, pp. 530-531.

15. FRENZEL, "Jenseits der Metaphorik von 'Normenflut' und 'Gesetzeslawine'", en www.jurawelt.com/artikel/9918, pp. 6 y ss.

16. TEUBNER, "Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions", en TEUBNER (ed.), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin/New York 1987, pp. 18-19.

cho y más Estado. Y, sobre esta base, resulta relativamente fácil asociar el proceso de juridificación (hiperregulación, hiperlegislación) al desarrollo del Estado del bienestar (*welfare state*). Pero quizá convenga empezar un poco antes.

2. PLANTEAMIENTO. LAS OLEADAS DE LA JURIDIFICACIÓN

El Derecho burgués de la libertad y la igualdad formal había pretendido “emancipar” al individuo de las estructuras medievales, rompiendo los vínculos tradicionales de dependencia, protección y asistencia. En su lugar, establecía un sistema de leyes generales que garantizaban los derechos subjetivos individuales¹⁷. El espacio de las vinculaciones tradicionales —el de la sociedad y la economía— pasaba entonces a quedar vacío, libre de derecho¹⁸. Este, por algunos, denominado mundo de la vida —esfera privada liberada de relaciones sociales corporativas y dependientes del *status*— quedaba abierto a una reconfiguración¹⁹. Pues, concebido en términos fundamentalmente formales, el nuevo Derecho —en puridad, el instrumento de un proceso de desjuridificación²⁰, a favor del poder administrativo centralizado y el mercado— aparecía ante todo como fuente derechos reactivos, sin proporcionar a los agentes sociales indicaciones de contenido, sino tan sólo medios jurídicos para la realización de sus intereses privados.

Sin embargo, el Derecho formal se reveló incapaz de neutralizar las posiciones de poder con sus secuelas de desigualdad me-

17. HABERMAS, “Paradigms of Law”, *Cardozo L. Rev.*, 17 (1995-1996), pp. 771-772.

18. Cfr. la plástica descripción de BOCK, “Recht und Gesellschaft unter den Bedingungen der Verrechtlichung”, *MschrKrim* 5 (1986), pp. 289 y ss., 291-292; *Id.*, “Verrechtlichung unserer Gesellschaft als Rahmenbedingung moderner Medizin”, en *Geschichte und Gegenwart*, 3 (1996), pp. 131 y ss., 133.

19. HABERMAS, *Acción comunicativa*, II, pp. 506-507.

20. Pues eliminaba todas las regulaciones jurídicas intermedias.

dianste la remisión al mero juego de los intereses particulares²¹. Ni siquiera la progresiva juridificación de la legitimación del Derecho formal a través del derecho al voto (en la que *Habermas* llama “tercera oleada”²²) cambiaba las cosas. Pues si bien ponía límites al poder administrativo, dejaba en pie el poder del mercado. El espacio de la economía y de la sociedad había de ser juridificado.

La apuesta por una materialización del Derecho, entonces, revelaba una pretensión de modificación de las estructuras de poder, mediante el favorecimiento de los sujetos más débiles²³. El Derecho del trabajo y el de la Seguridad social constituyen el ejemplo más citado de este modelo. Pues, en efecto, muestran un Derecho regulatorio que va más allá del Derecho formal de cualquier obrero de otorgar cualquier tipo de contrato con cualquier empresario²⁴. Ahora bien, el efecto de garantía de libertades materiales que producía este proceso de juridificación venía acompañado de otros fenómenos. Por un lado, tuvo lugar un cambio en la calidad del Derecho. Éste, sometido a una instrumentalización política y a una cierta trivialización moral²⁵, se convirtió en un mecanismo de dirección y planificación de lo cotidiano. Y en esa medida se “desjuridificaba”²⁶. El ejemplo del Derecho penal puede ser aquí significativo: Frente al Derecho penal de la pena retributiva, pasó a proponerse el Derecho intervencionista y aséptico

21. KLEGER, “Lernfähige Demokratie und reflexiver Staat”, en VOIGT (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, Baden-Baden 1993, pp. 443 y ss., 444.

22. HABERMAS, *Acción comunicativa*, II, pp. 509-510.

23. HABERMAS, *Cardozo L. Rev.* 17 (1995-1996), pp. 773 y ss., 775.

24. Cfr. BOLTANSKI/CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo* (trad. Pérez Colina/ Riesco Sanz/ Sánchez Cedillo) Madrid 2002, pp. 524-525.

25. BOCK, *MschKrim* 5 (1986), pp. 290, 292.

26. Aquí el significado de la idea de “desjuridificación” se asocia a la tradicional concepción del Derecho como mecanismo –en absoluto único– de obtención de la justicia.

de la regulación de las medidas de seguridad, cuya gestión se pretendía remitir a burócratas de la corrección y el control.

Por otro lado, el Derecho se ingirió en la sociedad y en la vida, produciendo una alteración de sus premisas básicas. En efecto, este nuevo proceso de juridificación —que en realidad se expresa mejor aludiendo a la estatalización (*Verstaatlichung*) y a la proliferación legislativa (*Vergesetzlichung*)— resultaba escasamente flexible: estandarizaba relaciones vitales, con lo que, al no contemplarlas en su singularidad, generaba desigualdad.

Además, produjo un segmento de expertos (técnicos del Derecho, burócratas), necesarios para gestionarlo²⁷. A la burocratización y la judicialización se les atribuyó, entonces, un efecto de expropiación (neutralizadora) de los particulares con respecto a sus propias relaciones. Y pudo afirmarse que un Derecho distanciado (*entfremdtes Recht*) había producido una abstracción rígida y violenta de las relaciones sociales y humanas²⁸; de la economía y las relaciones laborales; de la familia y la escuela; de la medicina o la solidaridad. Expresado con brevedad: que el Estado absorbía a la sociedad, lo público a lo privado, quedando esto último sometido a la lógica de aquello (al poder y el dinero).

A esta perspectiva se le podría oponer, ciertamente, que no debe partirse de una concepción esencialista de lo político, lo privado, lo económico o lo ordinario. Cabría añadir, además, que determinados actores sociales habían mostrado un interés en la solución jurídica de sus conflictos privados, presididos por la desigualdad, prefiriendo relaciones despersonalizadas²⁹. En este sentido, también se

27. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München 1994, § 1 n° marg. 29; BOCK, *Geschichte und Gegenwart*, 3 (1996), p. 135.

28. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, § 1, n° marg. 26; TEUBNER/ZUMBANSEN, “Rechtsentfremdungen”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 21 (2000), pp. 189 y ss.

29. Para el mundo laboral, BLANKENBURG, “Recht als gradualisiertes Konzept – Begriffsdimensionen um Verrechtlichung und Entrechtlichung”, en BLANKENBURG/ KLAUSA/ ROTTLEUTHNER (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*,

ha aludido ciertamente a las bondades de la juridificación³⁰. Desde una perspectiva algo distinta, pero convergente en el fondo, se ha alegado la inevitabilidad de la expropiación de los conflictos sociales, pues existen colisiones irresolubles en el plano moral/ social que, sin embargo, se pueden resolver en el plano “artificial” del Derecho³¹. Por ello, se efectúa una valoración positiva de la neutralización y “artificialización” del conflicto a que procede el Derecho, al reconducirlo a su procedimiento, su lenguaje y sus recursos argumentales. Se advierte que de este modo, en efecto, lo libera también de la influencia de amistades, clientelismo, etc.³².

La perspectiva crítica, muy extendida, lamenta, sin embargo, la pérdida de matices que sufre una relación social compleja cuando se la reconduce a la codificación jurídica³³. Que el Derecho se ingiera en espacios en los que ello no sería ni necesario ni siquiera conveniente genera, a su juicio, graves riesgos tanto para la funcionalidad de las estructuras de relación preexistentes en tales ámbitos como para la propia libertad de las personas que actúan en ellas³⁴.

Bd. 6, Opladen 1980, pp. 83 y ss., 88; para el ámbito privado, BERGHAHN, “Verrechtlichung des Privaten – allgemeines Verhängnis oder Chance für bessere Geschlechtsverhältnisse?”, en KERCHNER/ WILDE, *Staat und Privatheit*, Opladen 1997, 189 y ss., 206 y ss., 210.

30. Cfr. SCHULZE, “Verrechtlichung – Deformation oder Performance?”, ponencia presentada en el seminario “Die Jurisprudenz zwischen Verrechtlichung und Rechtsferne der Alltagspraxis”, Düsseldorf, 17/ 18 de junio de 2005, pp. 12 y ss., 28 del manuscrito.

31. TEUBNER/ ZUMBANSEN, *ZfRS* 21 (2000), pp. 193-194.

32. *Ibid.*, pp. 190-191.

33. Cfr. la descripción de SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, §1, n° marg. 21 y ss.

34. El ejemplo de la prevención de riesgos en el trabajo puede ser útil para clarificarlo: una medida inicialmente protectora se convierte, poco a poco, en un mecanismo a través del cual los trabajadores son sometidos a control y a un vaciamiento de privacidad. Cfr. KLEGER, en VOIGT (Hrsg.), *Abschied*, pp. 450-451; pero vid. también HABERMAS, *Cardozo L. Rev.* 17 (1995-1996), pp. 778 y ss., a propósito de los problemas derivados del modelo de equiparación laboral entre hombres y mujeres.

Según indica *Habermas*, las estructuras preexistentes, regidas por una racionalidad comunicativa, serían sustituidas por otras, las del Derecho, en las que rige la razón instrumental. El Derecho colonizaría el “mundo de la vida” en perjuicio de relaciones intersubjetivas y solidarias, así como de soluciones de conflictos que sólo pueden formalizarse al precio de su deformación³⁵.

Los efectos de la juridificación moderna se pueden exponer de la mano de múltiples ejemplos. Así, la juridificación del mercado se traduce en regulación estatal de la economía. El Estado tiene presencia directa en la economía como sujeto productor de bienes o servicios (sector público) al tiempo que incrementa su dimensión intervencionista, inspectora y prestacional. Pero es la propia vida la que se somete a regulación estatal. Así, por ejemplo, las relaciones familiares, la escuela, la relación con el médico, que ciertamente tienen un esqueleto jurídico, se abren a la intervención burocrática y al control judicial, lo que acaba produciendo disfunciones en el respectivo contexto de acción integrado socialmente³⁶. En el ámbito familiar pueden hallarse manifestaciones especialmente reveladoras del fenómeno. Por ejemplo, la proliferación de contratos matrimoniales en los que no se trata de configurar la construcción de una comunidad, sino de asegurar mediante reglas jurídicas la “causa propia” de cada uno de los otorgantes³⁷. Más allá todavía se sitúa el Derecho de las denominadas técnicas de reproducción asistida, con sus proyecciones sobre la filiación y la dramática juridificación de ésta. La desnatu-

35. HABERMAS, *Acción comunicativa*, II, p. 245.

36. ELLScheid, “Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie”, en *Neue Hefte für Philosophie*, 17 (1979), pp. 37 y ss. 42 y ss., 44: sobre la concepción burocrática de la intervención jurisdiccional. Los jueces, indica, no son sabios que tratan de buscar con todas sus fuerzas la mejor solución a la crisis.

37. Cfr. este y otros aspectos en BECK/ BECK-GERNSHEIM, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa* (trad. Schmitz), Barcelona 2001, p. 138 y ss., 217 y ss.

realización de la relación paterno-filial que redundará en cosificación de los hijos en el marco de los procesos judiciales se advierte, asimismo, en el nuevo Derecho de familia (separación y divorcio)³⁸. En la escuela, por su parte, la juridificación constituye una amenaza para la libertad pedagógica y la iniciativa del profesor³⁹. Y riesgos semejantes se generan para la relación médico-paciente en el nuevo entorno del Derecho de las prestaciones sanitarias. Presidida inicialmente por la confianza y abandono, de un lado, y la dedicación, integridad y responsabilidad por el otro, su masiva juridificación determina que esa relación pase a ser sometida a una desconfianza calculada. Ello no implica directamente una destrucción de la relación en sí. Pero el paciente visto como litigante determina el recurso a la medicina defensiva. Y ésta redundará en una cosificación del propio paciente, que se ve incrementada por la burocracia sanitaria⁴⁰. La introducción de la coacción y la amenaza degrada la interacción, pues convierte al otro en manipulable.

El planteamiento crítico propone, entonces, la vuelta a las normas sociales, a la racionalidad discursiva, a una justicia desjuridificada y reconstructiva. En el ámbito del Derecho penal, y según la conocida expresión de *Nils Christie*, se trata de expropiar al expropiador (al Estado) y devolver “su conflicto” (que llamamos delito) a la sociedad⁴¹.

3. LA OPCIÓN POR LA DESJURIDIFICACIÓN

La reacción a la juridificación, que se vive como una expropiación, es la desjuridificación (que debe entenderse como desbu-

38. BECK/ BECK-GERNSHEIM, *El normal caos*, pp. 208 y ss., aludiendo a la necesaria regulación jurídica de la paternidad y maternidad “postmatrimonial”.

39. Sobre todo ello, HABERMAS, *Acción comunicativa*, II, pp. 524 y ss.

40. BOCK, *Geschichte und Gegenwart*, 3 (1996), p. 140.

41. CHRISTIE, “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology* 1977, pp. 1 y ss. Sobre ello, TEUBNER/ ZUMBANSEN, *ZfRS* 21 (2000), p. 190.

rocratización y deslegalización). Pero resulta utópico presentarla como panacea.

Al respecto, afirma *Habermas*: “Se trata de impedir que los ámbitos sociales que dependen de modo funcionalmente necesario de una integración social a través de normas, valores y procesos de entendimiento, queden a merced de los imperativos sistémicos de los subsistemas Economía y Administración, que tienden a la expansión en virtud de su propia dinámica interna, y que a través del medio de control ‘derecho’ esos ámbitos queden asentados sobre un principio de socialización que les resulta disfuncional”⁴². Sin embargo, ello no siempre es factible. Por ejemplo, en el caso de las prestaciones sociales, ausentes las condiciones de la sociedad tradicional (parentesco, vecindario, etc.) así como los presupuestos éticos y religiosos que la alimentaban (el cristianismo), la propuesta de un retorno al pasado resulta cuestionable. En cuanto a otro ámbito de posible desjuridificación, la mediación, como instrumento de *Alternative Dispute Resolution*, no es seguro que en ella se logre un mejor control del abuso de poder⁴³. Quizá por eso resulta razonable buscar fórmulas de compromiso en las que la mediación pueda actuar de modo flexible y, al mismo tiempo, se desenvuelva en un marco de exigencias de la administración de justicia. En ese sentido, como en el anterior, de lo que se trata, al final, es de que el Derecho cumpla una doble función: por un lado, de control del poder⁴⁴; por otro, de creación de las condiciones positivas de actuación autorresponsable de las personas.

42. HABERMAS, *Acción comunicativa*, II, p. 527.

43. JUNG, “Mediation – ein Ansatz zu einer ‘Entrechtlichung sozialer Beziehungen?’”, en JUNG/NEUMANN (Hrsg.), *Rechtsbegründung – Rechtsbegründungen. Günther Ellscheid zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1999, pp. 68 y ss. Más bien parece que puede responder a razones de eficiencia que favorecerían al poderoso.

44. JUNG, en JUNG/ NEUMANN (Hrsg.), *Rechtsbegründung*, pp. 72 y ss., 75.

De ahí que, para algunos, la cuestión deba ser sólo la búsqueda de alternativas dentro del propio Derecho⁴⁵. Es decir, la consecución de una relativa desjuridificación en términos de subsidiariedad. En algunos casos ello se manifiesta en que el aseguramiento de las condiciones-marco de la resolución de los conflictos por parte de los afectados surge como alternativa preferible al intervencionismo. Así, en el mundo de los negocios, frente a quienes proponen, de algún modo, la sustitución del Derecho por el modelo de autonormatividad moral representado por los Códigos de Conducta, se alza la voz de los que propugnan el mantenimiento del control jurídico, incorporando a éste parámetros valorativos propios de la sociedad civil mediante las correspondientes remisiones⁴⁶.

En el ámbito de la economía, se produce el tránsito de una economía “dirigida” (o intervenida) a una economía “controlada”, en la que la privatización se ve acompañada de nuevas instituciones de regulación, en ocasiones de acusado formalismo⁴⁷. En todo caso, en el marco del Estado regulador aparece un Derecho reflexivo, que establece el marco para la autorregulación de los intervinientes. No se trata tanto de imponer mandatos o prohibiciones cuanto de incentivar y encauzar la propia actividad de mo-

45. Como señala BOCK, *Geschichte und Gegenwart*, 3 (1996), p. 140, habrá que aprender a vivir con la juridificación.

46. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho, ética y negocios (discurso de apertura del curso 1993-1994)*, Alicante 1993, pp. 21, 23, 29.

47. Cfr., por ejemplo, BRAITHWAITE, “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, en GARLAND/ SPARKS (ed.), *Criminology and Social Theory*, New York, 2000, pp. 47 y ss., indicando, no obstante, que el nuevo modelo confía en la autorregulación y en otras técnicas que sustituyen al control y mando directo. Sobre esto último, cfr. SHEARING, “Reinventing Policing: Policing as Governance”, en AA.VV., *Privatisierung staatlicher Kontrolle*, Baden-Baden 1995, pp. 70 y ss. De modo general, LOUGHLIN/ SCOTT, “The Regulatory State”, en AA.VV., *Developments in British Politics 5*, New York 1997, pp. 205 y ss., 206-207.

deración y contención de los intervinientes⁴⁸. Ello, en buena medida, mediante la remisión pública a fórmulas de autorregulación. La pretensión de mejor regulación, por adaptación a las complejas circunstancias de la realidad, conduce precisamente al incremento de la autorregulación privada⁴⁹. En definitiva, la regulación pública, en lugar de operar de modo directo, lo hace mediante la regulación de la autorregulación o, en todo caso, mediante el encuadre de ésta⁵⁰.

Este cambio de modelo, sin embargo, no tiene lugar en otros ámbitos de juridificación del mundo de la vida. Por el contrario, más bien puede advertirse que, al tiempo que en el mundo de la economía se dan las transformaciones referidas, el mundo de las relaciones interpersonales, en particular el de las más estrechas de éstas, se ve inmerso en un renovado proceso de juridificación. Un proceso intervencionista que, al tiempo, produce intensos efectos de deconstrucción. A éste es al que se dedican las páginas que siguen.

4. VALORACIÓN DE LOS DIVERSOS PROCESOS DE JURIDIFICACIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

Allí donde funcionan los mecanismos de seguridad cognitiva, esto es, en aquellos ámbitos en los que las expectativas de los intervinientes en principio se cumplen, no es necesario el Derecho. Pero el Derecho tampoco es necesario en aquellos ámbitos regidos por una normatividad social en los que: a) la frustración de expectativas se estabiliza razonablemente mediante los propios

48. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor 2002, p. 25.

49. *Ibid.*, pp.27-28.

50. *Ibid.*, p. 39. De forma detallada, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Madrid-Barcelona 2005, pp. 37 y ss.

recursos sociales, regenerando la orientación y la confianza necesarias para la vida; y b) dicha normatividad social cumple con las exigencias de legitimidad⁵¹. Como señala *Seelmann*, el Derecho presupone un modelo de socialización en el que los individuos se relacionan entre sí en una contraposición potencial de intereses y necesitan una decisión neutral del conflicto. En cambio, las comunidades que descansan sobre la igualdad de intereses, o más aún en la dedicación emocional, necesitan del Derecho en menor medida o incluso se ven perjudicadas por una remisión al Derecho⁵².

Lo anterior, expresado de otro modo, significaría que allí donde no reinan la desconfianza o la desorientación no es necesario el Derecho, salvo que la orientación existente responda a pautas ilegítimas. Esto es, salvo que el sistema social funcione, pero no responda a pautas de justicia. La regulación jurídica se orientaría, pues, a la generación de confianza y legitimidad: a conseguir la justicia mediante la juridificación. Que la coactividad estatal propia de lo jurídico puede reforzar la confianza de determinadas expectativas sociales parece claro. No tan claro resulta, en cambio, que la juridificación produzca, *eo ipso*, legitimidad. En realidad, el Derecho está sometido a los mismos problemas de legitimidad que las normas sociales; ciertamente puede aportar un *plus* de legitimidad formal (por el procedimiento⁵³), pero no necesariamente de legitimidad material (esto es, de justicia). Además, cabe que el recurso al Derecho como productor de confianza y legitimidad sea inadecuado, en la medida en que existan alternativas merecedoras de ser consideradas (o aunque no las haya).

51. ELLScheid, *Neue Hefte für Philosophie*, 17 (1979), p. 43, aludiendo a que la intervención jurídica en la familia requiere el fracaso de la lógica propia de las relaciones de proximidad (amor, fidelidad, paciencia, generosidad) así como de las instancias sociales de conducción (presión moral de parientes, vecinos, amigos, etc.)

52. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, § 1 n° marg. 47.

53. HABERMAS, *Cardozo L. Rev.*, 17 (1995-1996), pp. 773 y ss., 784.

La crítica a la juridificación, que puede aceptarse en amplia medida, no debería, pues, conducir a negar la absoluta necesidad de regulaciones jurídicas adaptadas a las necesidades de los tiempos y, por ello, eventualmente expansivas. La contribución de la existencia de regulaciones públicas a la protección del bien común y de los derechos básicos de las personas es evidente. Como lo son los peligros de la aparición de espacios libres de Derecho en ámbitos que, sin embargo, resultan de enorme incidencia en la vida social y están sujetos a dinámicas de poder de grupos sociales.

La cuestión no es, pues, la juridificación en sí, sino más bien su *finalidad* y *sentido* en un ámbito determinado y, en el caso de tenerlos, los *mecanismos* de los que se sirva. La primera es una cuestión de política jurídica o de teoría social. La segunda, en cambio, es sustancialmente técnica. Así, la juridificación puede carecer de sentido cuando la intervención jurídica no resulte adecuada para la resolución del problema o lo sea en menor medida que otras alternativas. Asimismo, tampoco se justificará cuando sus efectos negativos sean mayores que los positivos. En cuanto a los mecanismos de la juridificación, éstos pueden ser desacertados cuando no tengan en cuenta la realidad sobre la que se proyectan.

Como señala Ollero, “la peculiaridad de la normatividad jurídica y la posibilidad de utilizar la fuerza, no debe llevarla a pretender una regulación exhaustiva de la vida social, que entraría en frecuente conflicto con su normatividad espontánea y supondría un peligroso desgaste. Cuando la norma jurídica llega a asfixiar la espontaneidad de la sociedad, acaba por perder prestigio y capacidad de obediencia”⁵⁴. La idea es, pues, aprovechar el potencial normativo de la sociedad, respetándolo y controlándolo; huyendo de la creencia ingenua en una armonía espontánea del

54. OLLERO, *Derecho y sociedad*, Madrid 1973, pp. 111-112.

entrecruzamiento de las fuerzas sociales⁵⁵; pero propiciando que las instituciones sociales sustenten la vida jurídica.

En la medida en que la juridificación conlleva un nivel más intenso de institucionalización, debe valorarse positivamente cuando refuerza instituciones sociales consolidadas, ya mediante su fomento, ya mediante la previsión de sanciones para los riesgos que las afecten. En cambio, en los ámbitos abiertos a iniciativas sociales, la juridificación (desde fuera y *a priori*) debe valorarse negativamente en la medida en que puede coartar o formalizar excesivamente dichas iniciativas. La regulación jurídica resulta indispensable sólo en ámbitos nuevos, en los que, junto a la especial importancia de los intereses en juego, se advierte una incapacidad para el desarrollo de una normatividad social de la densidad suficiente. Pero, precisamente en estos ámbitos, conviene alertar acerca de la aparición de modelos de juridificación desprotectora de los intereses regulados o destructora de instituciones.

A partir de lo anterior resulta inevitable emitir juicios diferenciados sobre los diferentes procesos de juridificación. Inevitablemente, habrá procesos de juridificación justificados y otros injustificados, necesarios e innecesarios. A este respecto, conviene tener en cuenta además, por un lado, la dimensión instrumental y, por otro lado, la dimensión simbólica de la juridificación. Por ejemplo, una regulación jurídica de la prostitución generaría —o al menos eso se dice— el efecto instrumental de un mayor control de esa actividad, mejores condiciones de sanidad, etc. Pero, a la vez, resulta innegable que produciría un efecto social-expresivo de aceptación. Algo especialmente grave, pues dicha actividad compromete de modo serio la dignidad de las personas. De ahí que deba considerarse la opción alternativa: la prohibición jurídica (incluso jurídico-penal) de la prostitución, en particular por lo que hace a sus usuarios. Algo que muchos rechazan por entender

55. *Ibid.*, pp. 115-116.

que supone una injerencia del Estado en la esfera privada⁵⁶. El intento de determinar cuál es la opción preferible: la ausencia de regulación, la regulación o la prohibición pone de relieve las dificultades de valoración de los procesos de juridificación⁵⁷.

Por ello, y aunque ciertamente sin pretensión alguna de exhaustividad, en lo que sigue distinguiré cinco clases de procesos de juridificación y sugeriré algunos elementos para su respectiva valoración: son las que denomino juridificación “protectora”; juridificación “emancipadora”; juridificación “simbólica”; juridificación “vindicativa”; y juridificación “moralizante”.

Una buena parte de los procesos de juridificación en curso tienen –de modo real o aparente– una vocación protectora. A mero título de ejemplo, cabe aludir a la intervención del Derecho como mecanismo de protección frente a los nuevos riesgos de la técnica; y a la intensa juridificación de las respuestas a las diversas formas de violencia (escolar, juvenil en general –incivismo–, laboral –*mobbing*–, o muy particularmente la violencia contra las mujeres). En buena medida se trata aquí de que el Derecho afronte las consecuencias del fracaso social (familia, sistema educativo). Sin embargo, ello conduce al propio Derecho al fracaso, en la medida en que no tenga lugar una juridificación atenta a las raíces de los problemas, que pase por fomentar iniciativas sociales en este punto.

Por lo demás, algunos de los procesos de juridificación, que aparentemente surgen con una vocación protectora, en la práctica producen el efecto de creación de espacios de desprotección. Una nueva juridificación está determinando, en efecto, que ámbitos

56. Cfr. la descripción de modelos y una propuesta regulacionista en TAMARIT SUMALLA/ TORRES ROSELL/ GUARDIOLA LAGO, “¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 15 (2006), pp. 197 y ss., 216 y ss.

57. Cfr., de modo general, REY MARTÍNEZ/ MATA MARTÍN/ SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor 2004.

tradicionalmente sujetos a la protección del Derecho se remitan a la moral individual, al tiempo que la intervención en ellos se regula básicamente como un “riesgo permitido” de naturaleza procedimental. A título de ejemplo, puede aludirse aquí a la legislación en materia de investigación biomédica.

La juridificación “emancipadora” (que también podría caracterizarse como juridificación del deseo) expresa el proceso actual de disolución del concepto tradicional de derecho subjetivo. Leyes como las de divorcio rápido, de técnicas de reproducción asistida, de uniones homosexuales o de cambio de sexo dan cuenta de este fenómeno; pero también las disposiciones relativas a la expención de la píldora postcoital a menores, entre otras, podrían situarse en el mismo marco. De todas ellas cabría afirmar que marcan el devenir de los procesos ordinarios de institucionalización y desinstitucionalización social. Pero ello sería erróneo. No se está produciendo un fenómeno de cambio institucional, sino tan sólo un proceso deconstructivo. Las “nuevas” instituciones (los “nuevos” modelos de familia, por ejemplo) no son, en realidad, instituciones, pues carecen de algunas de las notas características de éstas, como la estabilidad y la sustracción a la voluntad cambiante de los individuos que ingresan en ellas. Por tanto, el Derecho que fomenta tales fenómenos, al tiempo que –por ejemplo– hace imposible contraer un matrimonio civil jurídicamente indisoluble, se manifiesta como un instrumento de deconstrucción social. De modo paralelo a como la juridificación liberal había roto los vínculos económicos, esta nueva oleada juridificadora procede a la ruptura de vínculos personales⁵⁸. La juridificación emancipadora aparece así al servicio de la producción de un modelo social atomizado, o de desvinculación, en el que el Estado tenga frente a sí tan sólo individuos aislados.

A la clase de la juridificación simbólica pertenecen, por ejemplo, seguramente las leyes de paridad o discriminación positiva,

58. Y la aparición de “leyes de dependencia” no hace sino confirmarlo.

que pretenden compensar pasadas discriminaciones de signo negativo⁵⁹. Y no muy distante a esta clase es, después de todo, la juridificación vindicativa. Ésta, en efecto, pretende la conformación de un Derecho sobre la historia, cuyo contenido acaba siendo sustancialmente simbólico. Así, en las leyes de memoria histórica, de superación (jurídica) del pasado o contra la impunidad.

Especial interés debe atribuirse, con todo, a la juridificación moralizante, cuyas diversas manifestaciones arrojan mucha luz sobre el papel que el Derecho y el Estado están asumiendo en el modelo social actual. En efecto, por un lado, el Derecho aparece como el vehículo de una nueva moral asumida por el Estado como propia y que éste pretende inculcar en los ciudadanos (constituyéndose, así, en un paradójico gestor de la moral). Expresiones chocantes de esa moral estatal son las disposiciones prohibitivas en materia de tabaco o alcohol para menores de 18 años, coetáneas, por ejemplo, con la actitud complaciente frente a las relaciones sexuales tempranas⁶⁰. O las disposiciones prohibitivas de “hábitos insanos” (fumar en lugares cerrados, circular sin casco o sin cinturón de seguridad) que conviven con otras crecientemente orientadas a la disponibilidad de la vida en contextos “eutanásicos”.

La otra dimensión de la juridificación moralizante es la conformación de los contenidos del Derecho como criterios morales, fuentes de orientación moral. En un mundo en el que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores, parece razonable la búsqueda de elementos de orientación normativa. Pero una moral posconvencional, en la que el individuo, desligado de

59. Y múltiples disposiciones penales.

60. Que se reflejan en las directrices para los libros de texto en materia de “educación” sexual o, ahora, de educación para la ciudadanía, así como en las normas sobre instalación de máquinas de preservativos en escuelas, bibliotecas, etc.

la tradición, se erige en juez supremo de la calidad moral de sus actos, no asegura el cumplimiento efectivo de sus preceptos. La certeza requiere que normas moralmente válidas se conviertan en normas legalmente vinculantes⁶¹. Y, dentro de éstas, el Derecho penal ocupa un lugar especialmente importante. En efecto, en una sociedad en la que se carece de consenso sobre valores positivos, parece que al Derecho penal le corresponde la misión fundamental de generar consenso y reforzar a la comunidad⁶².

Sin embargo, este modelo de juridificación tiene consecuencias obvias. En particular, que tienda a convertirse en excepcional el que una conducta, no estimándose contraria a Derecho, se repruebe socialmente como inmoral, adoptándose contra ella las reacciones sociales correspondientes⁶³. Ello, de entrada, tiene el efecto a favorecer el propio desarrollo de la delincuencia⁶⁴. La juridificación moralizante es, pues, en sí misma criminógena. Por lo demás, es discutible su auténtica capacidad orientadora, dada la mutabilidad del Derecho positivo⁶⁵. Ello, por no entrar en

61. Cfr. esta caracterización del punto de vista de Habermas en GARCÍA AMADO, "Habermas y el derecho", en GARCÍA AMADO (coord.), *El Derecho en la Teoría Social*, Madrid 2001, pp. 357 y ss., 381-382.

62. KUNZ, "Liberalismus und Kommunitarismus in Strafrecht und Kriminalpolitik", en *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70 Geburtstag*, Berlin 1998, tomo I, pp. 859 y ss., 864, lo subraya como consecuencia de la inseguridad en las expectativas, así como de la pérdida de la orientación social y de la inoperatividad de una moral vinculante de modo general.

63. Y desarrollándose la correspondiente conciencia individual de culpa.

64. Como pone de relieve la denominada "teoría institucional de la anomia", una de las causas del incremento de la delincuencia es la preeminencia de la economía y la relativa impotencia y devaluación de las instituciones no económicas como la familia, la educación, la religión, etc. Cfr. MESSNER/ ROSENFIELD, *Crime and the American Dream*, 2ª ed., 1997.

65. Éste no puede pretender la misma vinculación objetiva y obligación interna que otras normas (como los diez mandamientos). Como señala ROELLECKE, "Gesetz in der Spätmoderne", *KritV* 1998-2, pp. 241 y ss., 248 y ss., la mutabilidad del Derecho positivo no es compatible con la idea de "personalidad" o "carácter".

las limitaciones del Derecho para llegar a sus destinatarios y acceder a todos los sectores de la vida⁶⁶.

5. BALANCE

Vivimos en un nuevo e intenso proceso de juridificación. Este proceso se explica, seguramente, por una situación de desarme social –y de crisis– en el mundo de las relaciones interpersonales estrechas (que no se da, en cambio, en el mundo económico de los contactos más anónimos o estereotipados). Dicho desarme convive con una intensa fe en el Estado y una confianza desmedida en la capacidad de rendimiento del Derecho.

En ese contexto, debe proponerse el acometimiento de un proceso de sucesiva desjuridificación y rejuridificación. En primer lugar, procede modificar las leyes que están impulsando los procesos de desinstitucionalización. Inmediatamente, juridificar el apoyo a las iniciativas e instituciones sociales mediante leyes de protección y fomento que respeten el principio de subsidiariedad. Frente a un Derecho que coloniza, se trataría de proponer un Derecho que abriera caminos o, al menos, no pusiera obstáculos a la emergencia: esto es, que propiciara la emergencia de lo específicamente humano mediante la libertad creadora, la responsabilidad cívica y la personalización de los cometidos sociales. En una palabra, la intervención en la tarea común a partir de las intervenciones concertadas de las personas en términos de solidaridad⁶⁷. De este modo, se trataría de conseguir una revitalización de la sociedad civil (*Zivil-, Bürgergesellschaft*), con el fin de que ésta alcance un nuevo protagonismo.

66. FRENZEL, en www.jurawelt.com/artikel/9918, p. 9.

67. LLANO, “¿Emergencia o colonización?”, en ID., *El diablo es conservador*, Pamplona 2001, pp. 173 y ss., 177, 181, 183.

Lo anterior debe enmarcarse en un proceso de juridificación en sentido fuerte (o “justificación”⁶⁸) del Derecho legal. Lo que, en otros términos, significa que éste, más allá de las legitimaciones procedimentales al uso, oriente verdaderamente sus contenidos al servicio de la justicia (bien común). Para ello, el Derecho debe liberarse del poder y del dinero⁶⁹, al tiempo que hallar su auténtica dimensión en el conjunto de las normas sociales. Frente a la visión del Derecho como expresión de dominación, se trata de conformarlo como el apoyo del dominado que busca transformar el poder en Derecho. Esto es, en fin, como poder verdaderamente legitimado⁷⁰.

68. La expresión la propuso el Prof. Dr. Rafael Domingo en el debate que siguió a la exposición de la ponencia.

69. Saliendo, por tanto, al paso de la crítica del movimiento de los *Critical Legal Studies*: cfr. la descripción de SEELMANN, *Rechtsphilophie*, §1 n° marg. 30-31.

70. OLLERO, *Derecho y sociedad*, p. 107.

