

# Teoría socio-jurídica del derecho

Manuel Calvo García  
Teresa Picontó Novales

PID\_00184288



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis al autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>  
<http://www.exabyteinformatica.com>

# Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	7
1. Hacia una teoría socio-jurídica del derecho.....	9
2. Viejas y nuevas funciones sociales del derecho.....	12
2.1. Las funciones sociales del derecho según el modelo jurídico liberal .....	12
2.2. Transformaciones jurídicas y nuevas funciones del derecho .....	15
3. El derecho regulativo.....	18
3.1. Estructura y dinámicas del derecho regulativo .....	18
3.2. La incidencia del derecho regulativo en ámbitos de control social penal .....	23
4. Pluralismo jurídico.....	30
4.1. El pluralismo jurídico como una cuestión de hecho .....	30
4.2. Los retos jurídicos de la interculturalidad .....	32
5. Globalización y derecho.....	37
5.1. Globalización o globalizaciones .....	37
5.2. El impacto jurídico de los procesos de globalización .....	38
6. Resolución de conflictos.....	41
Resumen.....	48
Actividades.....	51
Bibliografía.....	52



## Introducción

El contenido de este cuarto y último módulo didáctico aborda algunas cuestiones relacionadas con lo que en el módulo 1 se ha denominado teoría socio-jurídica del derecho. El enfoque socio-jurídico puede ayudar, por una parte, a explicar y comprender los fenómenos jurídicos entendidos en sentido amplio y plural y, por otra parte, será útil para reflexionar sobre el funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas. En particular, en estos materiales nos limitaremos a avanzar algunas cuestiones relacionadas con los temas más actuales y urgentes de la misma, derivados de las profundas transformaciones del derecho que se han producido en las últimas décadas.

Como introducción a la perspectiva de la *Teoría socio-jurídica del derecho*, una vez que hayamos tomado posiciones sobre el enfoque de la misma, abordaremos el análisis de las funciones sociales del derecho. A partir de ese marco, se situará cómo han afectado a esas funciones las transformaciones jurídicas más recientes. En particular, se perfilarán cuáles son las funciones del derecho que emergen de los cambios jurídicos producidos, con especial referencia a la materialización del derecho y la eclosión de un nuevo paradigma jurídico característico de lo que se ha dado en llamar el estado regulativo.

Otro de los temas centrales de este módulo será el del pluralismo jurídico. La perspectiva socio-jurídica permite identificar órdenes normativos al margen del derecho estatal. Como ya vimos, los clásicos de sociología del derecho ya abrieron espacios para la investigación sobre el pluralismo jurídico. Hoy, su reconocimiento es una cuestión de hecho y el pluralismo jurídico emerge como una realidad fundamental a tener en cuenta en cualquier aproximación al conocimiento y la reflexión sobre el derecho existente en nuestras sociedades. Lo mismo podría decirse del fenómeno de la globalización y de su impacto jurídico, que también concita un interés importante en el marco de esas transformaciones y que está siendo profusamente estudiado desde la perspectiva de la sociología jurídica.

Por último, haremos referencia a las nuevas técnicas de resolución de conflictos que han venido a solaparse con los procedimientos jurídicos, poniendo en algunos casos en cuestión la oportunidad y eficacia de la adjudicación jurídica a la hora de solventar cierto tipo de disputas. Este tema resulta particularmente interesante, ya que la resolución de conflictos ha venido siendo considerada como una de las funciones sociales básicas del derecho. Sin embargo, muchas de las transformaciones del derecho a las que hemos aludido han contribuido a un claro avance del informalismo y al desarrollo de lo que originariamente se denominó técnicas “alternativas” de resolución de conflictos y ahora algu-

nas personas denominan "apropiadas". Sea como sea, la negociación; la mediación, en sus diversas facetas; o el arbitraje, entre otras, han ganado cada vez mayores espacios para resolver disputas en nuestras sociedades.

## Objetivos

Los objetivos y competencias que deberéis alcanzar una vez trabajados los contenidos de este módulo son:

1. Explorar los desarrollos más relevantes de la teoría socio-jurídica del derecho vinculados a las nueve funciones sociales del derecho y las últimas transformaciones del mismo.
2. Profundizar en algunos de los temas básicos de la teoría socio-jurídica del derecho.
3. Contrastar las nuevas funciones sociales del derecho con los planteamientos tradicionales sobre las funciones del mismo y ser capaz de analizar sus repercusiones.
4. Tener un conocimiento elemental de la estructura y características del derecho regulativo y ser capaz de profundizar en el análisis de esta tendencia desde una perspectiva crítica.
5. Tener un conocimiento básico y ser capaz de analizar los fundamentos socio-jurídicos del pluralismo cultural y sus consecuencias jurídicas desde una perspectiva crítica.
6. Manejar los conceptos de globalización y conocer sus consecuencias en el ámbito del derecho y ser capaz de analizar críticamente las transformaciones sociales y jurídicas que determinan los desarrollos de este fenómeno en la actualidad.
7. Conocer elementalmente los métodos alternativos de resolución de conflictos que han ido apareciendo junto a los procedimientos jurídicos tradicionales y ser capaz de evaluar básicamente sus *pros* y sus *contras*.





## 1. Hacia una teoría socio-jurídica del derecho

La teoría del derecho tradicional, en sintonía con el formalismo imperante en las ciencias jurídicas en general, ha construido un concepto de derecho profundamente estatista, racional y formal. Esto es, un concepto de derecho asentado en un modelo según el cual el Estado monopoliza en la práctica las fuentes sociales del derecho y su aplicación siguiendo patrones de racionalidad formal. Las formas jurídicas desarrolladas como fundamento y sostén del Estado-nación alientan el monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado, así como el carácter unitario del ordenamiento legal, supeditándose además a las exigencias de neutralidad de la ideología liberal dominante. El derecho se presenta, así, como un sistema normativo racional-formal y excluyente, capaz de organizar autónomamente los presupuestos de legitimidad de sus prácticas y sus discursos (Weber, 1979).

Partiendo de lo anterior, se niega la condición de sistema jurídico a cualquier otro sistema social normativo, bien sea por carecer del respaldo de una autoridad directamente vinculada con la voluntad del soberano o por su falta de reconocimiento desde los márgenes de autonomía de un sistema jurídico basado en la jerarquía de las fuentes o en un sistema complejo –pero autorreferencial– de normas (Calvo, 2008). Este planteamiento no sólo excluye las pretensiones de validez jurídica del derecho natural –lo cual puede estar en el origen remoto de las premisas ideológicas que lo alientan–; sino que, de paso, por unas u otras razones, niega la consideración de derecho a cualquier sistema jurídico de base consuetudinaria o a los surgidos de estructuras de gobernabilidad global. Con lo cual, se afirme o no se afirme taxativamente, sólo cabe hablar de sistema jurídico a partir de estructuras estatales jurídicamente constituidas. Ordenamiento jurídico y Estado se confunden así, propiciando el trasvase de los valores de unidad del Estado-nación al sistema jurídico.

Es obvio que estos presupuestos chocan con algunas de las realidades jurídicas hacia las que abocan las transformaciones del derecho o que han encontrado un reconocimiento social como derecho. En este sentido cabe mencionar, sobre todo, la materialización del derecho producida al socaire del intervencionismo del estado regulativo y social, el pluralismo jurídico al que conduce el reconocimiento de otros sistemas normativos a los que no se puede negar un carácter jurídico o el desarrollo de nuevas estructuras y dinámicas vinculadas al derecho característico de la globalización (Twining 2003; Tamanaha 2001; Santos 2009; Galligan 2007; Cotterrell 2004).

Según se ha puesto de manifiesto, los presupuestos de la Teoría tradicional del derecho chocan con algunas de las realidades jurídicas que emergen de las transformaciones actuales del derecho o que han encontrado recientemente un reconocimiento social como derecho.

Como consecuencia, la teoría del derecho necesita afrontar el reto de las transformaciones del Estado y del derecho e integrar en su propuesta analítica los nuevos fenómenos jurídicos emergentes. Para ello deberá redefinir sus postulados básicos, y abrir su perspectiva hacia enfoques socio-jurídicos con el objetivo de descubrir las cualidades normativas de estos nuevos fenómenos emergentes. Y ello, sin caer en el error de simplificarlos explicándolos desde las características de los sistemas propios de un estadio evolutivo del derecho que comienza a ser superado.

En realidad, dando un paso más y encarando un enfoque más general, habría que partir del reconocimiento de que tanto el derecho como el concepto de derecho son construidos socialmente (Schauer, 2005). El concepto de derecho, según este planteamiento, no sólo cambia a lo largo del tiempo y entre las diferentes culturas; sino que debe ser entendido a través de un continuo proceso de construcción y reconstrucción. Si se acepta esta tesis, está claro que no se puede perder de vista ni la contextualización de los fenómenos jurídicos, ni la propia evolución de los mismos. Lo cual determina la oportunidad de un punto de vista socio-jurídico.

La pertinencia de la orientación socio-jurídica parece clara. Con todo, quedaría por definir **qué enfoques socio-jurídico** se perfila como el más adecuado. Más concretamente, la cuestión que permanecería abierta es si la teoría del derecho debe incorporar los métodos de las ciencias sociales; o si, por el contrario, las relaciones que se establecen entre los enfoques filosófico y socio-jurídico son puramente simbióticas. Lo cual supondría mantener las barreras metodológicas. Aunque quizá habría que dar un paso más e incorporar perspectivas y herramientas metodológicas de los dos campos para llegar a un conocimiento integrado: una **teoría**.

La opción de avanzar en la construcción de una teoría socio-jurídica del derecho no excluye otros enfoques alternativos que intervienen en planteamientos diversos procedentes de las ciencias sociales. Al contrario partimos del reconocimiento de que existen múltiples enfoques para reflexionar teóricamente sobre el derecho y que en muchos casos esos enfoques se podrán complementar. La teoría socio-jurídica del derecho, como la sociología jurídica en general, podría ser vista como un punto de encuentro para facilitar el diálogo entre perspectivas y áreas científicas diversas. Por eso es coherente defender que se trata de una aproximación al conocimiento del fenómeno y los procesos del derecho que bebe en fuentes plurales y propicia el intercambio de resultados entre opciones epistemológicas que se incardinan en diferentes campos del conocimiento –jurídico o no jurídico–, permitiendo así la conjunción de las ideas jurídicas o aproximaciones doctrinales al derecho con los métodos y las

#### Ejemplo

Las nuevas estructuras y dinámicas jurídicas vinculadas al derecho característico de la globalización o el pluralismo jurídico son quizá los ejemplos más sobresalientes al respecto.

#### Ved también

Esta sería, precisamente, la opción por la que nos decantaríamos, de acuerdo con las tesis avanzadas en el módulo “Perspectivas socio-jurídica sobre el derecho”, en el apartado “Teoría sociológica del derecho”.

perspectivas de las ciencias sociales: la sociología, la criminología, la ciencia política, las ciencias de la administración, la antropología jurídica, la economía, etc.

## 2. Viejas y nuevas funciones sociales del derecho

### 2.1. Las funciones sociales del derecho según el modelo jurídico liberal

Quizá sea oportuno establecer una distinción previa entre funciones sociales **directas** y funciones sociales **indirectas** del derecho (Raz, 1985), ya que puede ser útil para no caer en errores y malentendidos. Funciones sociales directas del derecho serían aquellas cuya realización se agota en algún tipo de obediencia o aplicación del derecho. En este sentido, puede decirse que las mismas están estrechamente relacionadas con el concepto de obligación jurídica. De funciones sociales indirectas, por el contrario, hablamos para referirnos a aquellas cuya realización o logro consiste en actitudes, sentimientos, opiniones o formas de comportamiento que no guardan relación directa con las indicaciones de conducta explícitas establecidas por las normas del sistema jurídico. Es decir, no constituyen obediencia o aplicación de preceptos jurídicos, sino que se derivan bien del conocimiento de su existencia o bien del conocimiento de su aplicación. Las funciones sociales indirectas del derecho son consecuencia de la existencia de normas jurídicas y de que se sigan o apliquen de hecho, es decir, presuponen la existencia y realización de las funciones directas del derecho; pero presuponen también otros factores tales como las actitudes de la gente hacia el derecho y, en general, la existencia de procesos e instituciones sociales en el marco del cual se hacen operativas las normas jurídicas.

La ideología liberal concebía el papel del Estado como el de un mero guardián del orden público. Su intervención en la economía y en la organización de la vida social estaría limitada a garantizar las reglas de juego “espontáneas” que determinan las leyes de la razón económica. Las funciones sociales del derecho, en consecuencia, debían estar encaminadas a garantizar un marco abstracto y general, esto es, racional-formal, de autonomía protegida. Así, en primer lugar, el entramado represivo del derecho estaría encaminado a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social natural y a establecer los medios y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente. En segundo lugar, en ciertos supuestos de vital importancia para la vida social y económica, el derecho facilitaría un marco jurídico de relaciones capaz de asegurar expectativas; pero respetando los principios de libertad e igualdad formal de los individuos. Por último, en tercer lugar, el derecho también debería proporcionar los procedimientos adecuados para la resolución de disputas y para asegurar, incluso coercitivamente, las expectativas de relación social garantizadas jurídicamente.

#### Nota

Los juristas, por lo general, han prestado tan poca atención a las funciones sociales indirectas del derecho, como los sociólogos y politólogos a las directas. La orientación de la teoría del derecho hacia las ciencias sociales puede contribuir a que esta cuestión sea estudiada desde una perspectiva global.

El derecho, según lo anterior, proporcionaría los medios jurídicos necesarios para que los particulares pudieran realizar sus fines privados con total seguridad. A este respecto, el Estado estaría llamado, por un lado, a proveer los medios jurídicos necesarios para hacer eficaces las pretensiones legítimas de los individuos de acuerdo con las leyes naturales del orden social y, por otro, a establecer los procedimientos adecuados para resolver las disputas que puedan surgir en la convivencia social y en las relaciones jurídicas que el Estado garantiza.

Según la primera de las funciones sociales asignadas por la ideología liberal al derecho, el entramado represivo del Estado articulado jurídicamente, tendría como fin garantizar el orden público y sancionar a quienes contravinieran las leyes naturales de la vida social. La imagen arquetípica de este tipo de funciones del derecho la encontramos sobre todo en el ámbito de lo penal. El derecho penal se concebía, de este modo, como un conjunto sistemático de normas jurídicas de carácter negativo respaldadas por sanciones negativas, cuyo fin era garantizar el orden y la paz social necesarios para el pleno desarrollo de las leyes naturales de la vida social. El Estado, desde este punto de vista, sólo tendría funciones negativas, de mero árbitro o gendarme del juego social. Debía dejar hacer sin interferir en las relaciones sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar exclusivamente la plena realización de las leyes “naturales” del orden social. Las funciones del derecho, en este sentido, se concebían desde una perspectiva meramente negativa, como **funciones de vigilancia** y **control social** encaminadas a mantener los fundamentos del orden instaurado como reflejo de la ideología burguesa por las nuevas clases dominantes.

La intervención del Estado en la vida social y económica, dentro de lo que pudiera denominarse la tradición jurídica liberal, debía limitarse, todo lo más, a la provisión de los medios jurídicos adecuados para que los particulares celebrasen acuerdos privados. El estado, por medio del derecho, establecería las condiciones necesarias y el margen de seguridad suficiente para garantizar la eficacia de las expectativas derivadas de tales acuerdos; pero nada más. Las funciones del derecho en este orden de cosas consistirían, exclusivamente, en configurar y facilitar **patrones de relación jurídica**. La mayoría de las instituciones y las normas del derecho privado tenían esa finalidad. Incluso hoy, todavía, puede decirse que la conservan en buena medida. La lógica normativa de estos “patrones de relación jurídica” es bien sencilla. Por medio del derecho, se configuran marcos jurídicos de relación a los que pueden recurrir los individuos voluntariamente cuando los consideren convenientes para sus intereses y fines propios. Estos patrones de relación jurídica adoptan una gran variedad de formas y afectan a diferentes ámbitos de la vida de los individuos.

El derecho, en tercer lugar, tendría también funciones encaminadas a la **resolución de disputas** y **aseguramiento de expectativas** de relación social garantizadas jurídicamente. Se trata de una de las funciones sociales directas del derecho que más peso ha tenido tradicionalmente. El derecho, en este sentido,

#### Ejemplo

Por lo general, se corresponden con instituciones importantes del derecho privado actual, como, por ejemplo, los contratos, las sociedades, el matrimonio, etc.

ha regulado la estructura judicial y los procedimientos para la resolución de las disputas que puedan surgir en la convivencia social y en las relaciones jurídicas que el propio Estado garantiza. De alguna manera, incluso, puede decirse que esta función aparece vinculada ya al derecho desde sus orígenes más remotos. Desde el momento en que las condiciones sociales de vida permiten la institucionalización de formas de poder capaces de controlar el uso cultural y militar de la fuerza, la nueva estructura de poder tiende a monopolizar el uso de la fuerza bloqueando las situaciones de venganza o las reacciones personales mediante la previsión de mecanismos y procedimientos controlados por el Estado.

Sobre la base de estas funciones, la ideología liberal creía posible conciliar libertad y seguridad. Quizá por eso, el papel del Estado era concebido como el de un mero guardián del orden público. Su intervención en la economía y en la organización de la vida social se limitaría a garantizar las leyes de la naturaleza. El entramado coercitivo del derecho estaría encaminado a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social natural que establecen las reglas de juego “espontáneas” del mismo que determina la razón y a facilitar los procedimientos y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente. Como consecuencia, se desarrolla un sistema de control jurídico articulado a partir de normas prohibitivas u obligaciones de no hacer, reforzadas por sanciones de carácter negativo, perfectamente conciliable con una ideología no intervencionista y con una ideología garantista basada en los principios de legalidad y seguridad jurídica.

El modelo jurídico liberal, según lo anterior, representa el paso de un modelo represivo puro a otro adaptado a los presupuestos del estado de derecho. La relación entre derecho y fuerza pasa a ser entendida desde una nueva perspectiva, partiéndose de la idea de que el derecho no es tanto un conjunto de normas reforzadas por la amenaza del uso de la fuerza; como el conjunto de las normas jurídicas que organizan y regulan el ejercicio de la fuerza. Desde este punto de vista, la coacción no es algo que se encuentra detrás del derecho, sino algo que funciona por medio del derecho. Dicho de otra manera, el derecho pasa a ser considerado como el conjunto de las normas que establecen los límites, los procedimientos y las personas competentes para el ejercicio de la fuerza dentro de un estado de derecho. De esta manera, el control social penal, articulado dentro del marco del estado de derecho, alzó la bandera del principio de legalidad frente a la “arbitrariedad” del modelo jurídico-político del Estado absoluto.

El paradigma jurídico liberal conduce a un sistema de control jurídico respetuoso con el principio de autonomía personal y sometido al principio de legalidad. Leyes abstractas y generales y actos particulares de aplicación de las mismas constituyen el soporte de la legitimidad de los actos del poder según la ideología jurídica liberal. Como consecuencia, la legalidad se convierte en la forma de legitimidad que caracteriza esta época (Weber, 1979). Frente a otros tipos de dominación, como la carismática o la tradicional, basadas respectiva-

mente en la devoción a la personalidad o las dotes sobrenaturales del señor, en el primer caso, y la institucionalización de la dominación carismática en formas de sucesión tradicionales, en el segundo; la dominación legal se ejerce según unas reglas previas, las normas jurídicas, y presenta la característica singular de que también el que ordena o decide está obedeciendo normas jurídicas. En el estado de derecho, la aceptación de la ley supone la aceptación de las actuaciones de quienes ejercen el poder según la ley. Como consecuencia, paralelamente, el modelo de organización jurídico-político basado en el imperio de la ley conlleva el sometimiento de los poderes del Estado y, en particular, de la Administración a un régimen de control a partir de normas jurídicas.

## 2.2. Transformaciones jurídicas y nuevas funciones del derecho

Como se ha visto, el Estado, según la ideología liberal, debía limitarse a garantizar un entramado mínimo de expectativas para que la acción responsable de los individuos pudiera desenvolverse con libertad y seguridad. Ahora bien, frente a los postulados de la ideología liberal, las transformaciones del Estado y la evolución del derecho han corrido por otras sendas. No se trata tan sólo del desarrollo creciente de los aspectos represivos y la utilización del derecho como elemento de control social; sino, desde un punto de vista más general, de la creciente intervención del Estado en la vida social. Como consecuencia, las políticas económicas y sociales, el crecimiento de la burocracia asistencial, la creación de infraestructuras para el desarrollo, etc. habrían hecho que el *desiderátum* liberal de un Estado mínimo se desdibuje progresivamente para dejar paso a la mastodóntica estructura del Estado intervencionista actual.

En consonancia con el acrecentamiento de la intervención del Estado en las relaciones sociales, el derecho se ha visto obligado a experimentar con nuevas formas de regulación legal para hacer frente a las demandas que plantea esa intervención. Las nuevas sendas del derecho están relacionadas con la utilización del sistema jurídico para intervenir en los sistemas sociales primarios y corregir los desequilibrios existentes o hacer frente a los riesgos sociales. El Estado, por medio del derecho, fija las líneas de intervención política con fines de integración social y promueve regulativamente los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales. El uso del derecho con fines de integración social desborda ampliamente los moldes de las funciones tradicionales del mismo (Calvo, 1998; 2005).

La evolución hacia un modelo intervencionista se ha producido en fases sucesivas y responde a necesidades sociales características de cada periodo. Aunque existen antecedentes de regulación económica y social anteriores, la primera oleada sería de instrumentos regulativos surge como respuesta a demandas de racionalización del sistema económico, orientándose hacia políticas de corrección de las imperfecciones del mismo y de restauración de las propias reglas del mercado. La primera gran marea regulativa se produce en los años treinta y coincide precisamente con la resaca de la gran depresión económica vivida como consecuencia del crack económico y social de 1929, que llevó a la ban-

carrota a un número elevado de instituciones financieras norteamericanas y a la desesperación a otro infinitamente mayor de ciudadanos de ese país. Desde los años treinta, el intervencionismo económico del Estado se incrementó exponencialmente, al tiempo que se desarrollaban sus bases intelectuales en la senda trazada por la teoría general de la ocupación, el interés y el dinero de **John Maynard Keynes**. Este intervencionismo económico fue saludado como el soporte fundamental de una nueva época de prosperidad que se prolongaría hasta finales de los años sesenta.

A finales de los años sesenta, la regulación económica se complementa con una nueva etapa regulativa “social”, con fines de protección de la salud y la seguridad<sup>1</sup>, el medio ambiente<sup>2</sup>, salvaguarda frente a los nuevos riesgos tecnológicos y naturales<sup>3</sup>, superación de las discriminaciones en la educación, el empleo y el acceso a la vivienda, etc. La regulación social se aproxima al fenómeno más general de la legislación compensatoria y promocional del estado providencia. A veces, incluso, ese término se utiliza para hacer referencia a las formas y dinámicas jurídicas mediante las que se realizan algunas políticas sociales y, más aún, para identificar el derecho regulativo no subsumible dentro de la rúbrica clásica de la regulación económica. En el ámbito continental europeo estas transformaciones se identifican con el estado del bienestar o estado social, una forma determinada de intervención estatal encaminada a garantizar unos mínimos asistenciales y redistributivos y a la realización de ciertos valores y objetivos sociales básicos.

<sup>(1)</sup> Consumo, accidentes y salud laboral, etc.

<sup>(2)</sup> Aguas, contaminación ambiental, protección de animales y plantas, etc.

<sup>(3)</sup> Catástrofes, seguridad nuclear, etc.

Las demandas sociales habrían obligado a los Estados desarrollados a asumir funciones asistenciales para garantizar ciertos mínimos de bienestar y servicios mediante la gestión estatal directa o indirecta de políticas sociales. A lo largo de este siglo, se han tenido que desviar paulatinamente un mayor número de recursos encaminados a crear fuerzas e instituciones públicas o semipúblicas dirigidas a compensar los profundos desequilibrios que el propio sistema de desarrollo económico y social generaba. El Estado se ha visto obligado a intervenir en la vida y en las relaciones de individuos y grupos con fines de redistribución de los bienes sociales y para asegurar unos mínimos de bienestar: sanidad, educación, subsidios mínimos, etc.

Complementaria o paralelamente, también es cada vez más frecuente la utilización del derecho para la **promoción** de valores e intereses sociales. Según la ideología jurídica liberal, como se ha visto más arriba, la intervención del Estado debía limitarse a garantizar los derechos y libertades fundamentales del individuo. Con el tiempo, sin embargo, la intervención del Estado ha dejado de concebirse como una mera garantía o limitación e implica una acción social positiva directa y jurídicamente obligatoria para los poderes públicos (Calvo, 1998). Frente a los postulados de la ideología jurídica liberal, hoy en día asistimos a un importante despegue de lo que se han denominado funciones promocionales del derecho (Bobbio, 1980). Cada vez son más los preceptos que no sólo persiguen proteger o garantizar mediante normas prohibitivas las re-



glas “espontáneas” del juego social y, desplegando una lógica normativa nueva, buscan fomentar, promover y asegurar ciertos valores e intereses sociales mediante el establecimiento de obligaciones para los poderes públicos.

La lógica promocional de los derechos y las políticas sociales del estado del bienestar implican activamente a las autoridades públicas en la consecución objetivos materiales. Esta orientación del derecho hacia fines ha puesto en marcha una impresionante máquina burocrática, cuyas redes de organización y toma de decisiones se articulan mediante normas jurídicas. El derecho, según esto, deja de tener el aire clásico de un sistema normativo formal compuesto por reglas cuyo cometido es orientar directamente la conducta de los miembros de una comunidad y facilitar patrones de relación social. Los sistemas jurídicos, por el contrario, contienen cada vez más y más normas encaminadas a regular el funcionamiento de estructuras burocráticas de carácter público o semipúblico encaminadas a conseguir objetivos y realizar fines y valores sociales (Calvo, 1998; 2005).

Al respecto, se ha sostenido, incluso, que es posible hablar de un nuevo estadio evolutivo en la cadena jurídica, de un nuevo paradigma en la evolución legal. Este modelo caracterizado por la orientación substantiva del derecho hacia fines regulativos y resultados prácticos –*responsive law*– se diferenciaría de los dos estados anteriores: el derecho “represivo”, característico de los albores de la modernidad, y el derecho autónomo, basado en el principio de legalidad y el formalismo jurídico configurándose como un nuevo paradigma evolutivo (Nonet y Selznick, 1978).

### 3. El derecho regulativo

#### 3.1. Estructura y dinámicas del derecho regulativo

La utilización del derecho como medio para la realización de políticas de intervención y promoción de fines, valores e intereses sociales abre las compuertas del sistema jurídico a una nueva racionalidad político-burocrática. El uso del derecho con fines de integración social, como se acaba de ver, desborda ampliamente los moldes de las funciones tradicionales del mismo.

La utilización del derecho como medio genera una profunda “legalización” o “colonización” de la sociedad civil y determina el desarrollo de un nuevo tipo de derecho: el derecho útil o derecho regulativo (Habermas, 1987; Teubner, 2000). Este **derecho útil** o **derecho regulativo** se caracteriza por estar profundamente penetrado por criterios y determinantes de índole material: económicos, políticos, axiológicos, técnicos, etc. Lo cual provoca de modo inmediato un aumento de la complejidad de su estructura y contenido, así como la de las dinámicas jurídicas mediante las que se realiza. Cuando se utiliza el derecho como instrumento de intervención social, los elementos jurídicos tradicionales se van a ver desbordados en todos los sentidos.

La primera mudanza que se constata desde el punto de vista de la fisonomía estructural del derecho es su utilización como medio para la realización de políticas intervencionistas orientadas a la promoción de fines, valores e intereses sociales. En segundo lugar, como consecuencia del intervencionismo y la materialización del derecho se produce una auténtica explosión legislativa, una auténtica avalancha de normas. No es sólo que la complejidad de los fines perseguidos y de las propias materias reguladas conduzca directamente a una sobreabundancia de normas. Además, dado que en buena medida el derecho regulativo tiene fines protectores y tendentes a evitar riesgos —como la sanción no evita el daño— el nuevo modelo jurídico busca anticiparse a los riesgos, lo cual obliga a un esfuerzo de previsión y a la extensión de los mecanismos de control. En otro orden de cosas, la burocratización de los mecanismos de realización del derecho también dará lugar a una dinámica que hará necesarias reglas y más reglas, propiciando una auténtica marea regulativa (Luhmann, 1986).

El aumento de la cantidad no trae aparejada una mayor calidad, sino más bien al contrario: una profunda degradación de los instrumentos de producción de normas jurídicas, tanto desde el punto de vista de las técnicas legislativas como desde el punto de vista de la “relevancia” de los instrumentos utilizados. La degradación de los instrumentos normativos corre paralela a la sobreabundancia de normas. La normativa interna que exige el entramado burocrático

#### Nota

Este es un fenómeno que ha sido profusamente estudiado y que responde tanto a exigencias procedimentales, como de autodefensa del operador encargado de su aplicación, que demanda el respaldo de reglas para que cubran todas sus decisiones.

sobre el que descansa la realización del derecho regulativo se multiplica exponencialmente y se degrada formalmente hasta darse el caso de que muchas de las medidas de fomento y promoción de los fines y objetivos regulativos se plasman concretamente como bases de convocatorias y otros instrumentos seudonormativos y no en normas jurídicas propiamente dichas. En realidad, se trata de una práctica orientada a aumentar la flexibilidad a las burocracias que gestionan programas y agencias regulativas al tiempo que se cierra el acceso a las formas tradicionales de control jurídico —incluido en ocasiones el control judicial.

El aumento de las normas jurídicas y la degradación de los instrumentos utilizados para su producción conllevan el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las mismas. Pero aún hay otra cuestión importante relacionada con el contenido de las normas jurídicas que llama la atención: la incorporación de saberes ajenos al ámbito de lo jurídico al contenido del derecho regulativo.

#### Ejemplo

Para intervenir con fines de protección del medio ambiente o la salud del consumidor, por ejemplo, se necesita incorporar conocimientos científico-técnicos, biomédicos y sociales al contenido de las normas jurídicas. Igualmente, cuando se regula el desarrollo de políticas sociales también será necesario contar con los saberes de disciplinas adecuadas para evaluar las condiciones que hacen posible u obligatoria la intervención de los poderes públicos para prestar la asistencia requerida o reestructurar las instituciones y las dinámicas sociales afectadas.

De esta manera, tras la apariencia formal de los instrumentos normativos y pseudo-normativos del derecho regulativo, podemos encontrarnos con un contenido “material” encerrado en normas aparentemente formales, cuya realización exige, entre otras cosas, la disposición y el manejo de medios e instrumentos de control complejos y sofisticados, la incorporación de otros expertos y el desarrollo de infraestructuras amplias y complejas se tornan condición *sine qua non* de efectividad.

Cuadro IV.1. Estructura y dinámicas regulativas

Legislación básica	Implementación de políticas y programas	Control regulativo
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Definición de valores, fines y objetivos sociales.</li> <li>• Establecimiento del marco de intervención de los poderes públicos.</li> <li>• Diseño normativo de un marco jurídico de intervención con fines de integración y control de las relaciones sociales y económicas.</li> <li>• Materialización del derecho (valores, intereses sociales, objetivos políticos, conocimientos técnicos, etc.).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Disponibilidades presupuestarias.</li> <li>• Movilización de medios para la realización de los fines y objetivos regulativos.</li> <li>• Desarrollos normativos y formalización de procedimientos de control.</li> <li>• Diseño de controles internos y evaluación de políticas y programas.</li> <li>• Incorporación de expertos no juristas.</li> <li>• Transformaciones del derecho y de las dinámicas jurídicas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Implementación positiva rutinaria: autorizaciones, fijación de precios, subvenciones, prestaciones, facilitación de recursos técnicos, asesoramiento, etc.</li> <li>• Implementación negativa ordinaria: "monitorización" rutinaria; inspecciones programadas; inspecciones respuesta; sanciones y composición.</li> <li>• Acentuación de los controles preventivos: establecimiento de factores de riesgo e intervención preventiva.</li> </ul>

El desplazamiento del derecho desde el ámbito de racionalidad formal soñado por el liberalismo hacia nuevas formas de racionalidad material implica, además, cambios importantes desde el prisma de las dinámicas jurídicas. Las

normas prohibitivas de contenido abstracto, generales y reforzadas mediante sanciones negativas ya no son el único instrumento de este tipo de derecho. Al contrario, surgen nuevos medios y formas de control positivo que promueven un cambio sustancial en la fisonomía del derecho. La aplicación del derecho orientado a fines conlleva unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal.

La realización efectiva del derecho regulativo exige, en primer lugar, la creación y puesta en funcionamiento del marco jurídico-burocrático de intervención que asuma el desarrollo de los programas y aplicación de las normativas de protección y promoción de valores y fines sociales; lo que obliga a una regulación cada vez más compleja y a la movilización de amplios medios económicos, institucionales, técnicos y humanos necesarios para la realización de los fines y objetivos regulativos: dotaciones presupuestarias; diseño e impulso de políticas públicas y programas de intervención; creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención –públicas y semi-públicas–; incorporación de expertos; establecimiento de controles positivos y negativos, evaluaciones, etc.

Este conjunto de actuaciones empieza a ser denominado, casi de modo generalizado, **implementación** (Presman y Wildavsky, 1973). La complejidad de estos procesos supone la acentuación de la necesidad de desplazar los instrumentos de realización del derecho desde los órdenes y agencias judiciales hasta los nuevos mecanismos regulativos caracterizados por el mayor peso de la Administración. La administrativización del derecho es una consecuencia derivada, entre otras razones, de la necesidad de incorporar a las dinámicas del derecho, con el que se interviene en las relaciones económicas y sociales, competencias técnicas y formas de control positivo y negativo.

La complejidad también caracteriza los medios y las técnicas de control positivo y negativo, en una terminología más próxima a la teoría del derecho tradicional, con las que se trata de dar efectividad y asegurar la eficacia del derecho regulativo en el día a día. Para empezar es conveniente distinguir los aspectos positivos y negativos de esta intervención. El **control positivo** busca directamente y mediante instrumentos positivos de intervención el desarrollo de programas de protección y promoción de valores, fines e intereses sociales; mientras que el **control negativo** atiende a la prevención y corrección a través de procedimientos sancionatorios y/o de composición. Por lo demás, desde la perspectiva de este trabajo, quizá sea importante subrayar que el control regulativo se configura primordialmente como un control con fines predominantemente preventivos. Y ello, incluso, cuando se configura como un control correctivo y *a posteriori*. Esto supone, en primer lugar, la acentuación de la necesidad de desplazar los instrumentos de realización del derecho desde los órdenes y agencias judiciales hasta los nuevos mecanismos regulativos caracterizados por el mayor peso de la Administración en las funciones de implementación de la ley. En segundo lugar, la configuración del control regulativo

como un mecanismo más preventivo que punitivo, junto a otras razones como la búsqueda prioritaria de eficacia o la propia dinámica de las burocracias, contribuye a abrir espacios cada vez más amplios para el informalismo a través de prácticas como la composición, la tolerancia y la negociación.

Otra de las características del derecho regulativo es la flexibilidad o discrecionalidad que impregna las dinámicas que lo hacen efectivo y que es inherente a la lógica político-burocrática del estado intervencionista. El derecho orientado a fines introduce en el sistema jurídico amplios espacios de indeterminación material. Lo cual, de entrada, supone debilitar la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de las aperturas del derecho que, indirectamente, hacen factible el éxito de todo tipo de presiones y criterios de oportunidad. La realización de los fines regulativos solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales. Desde el momento en que tales presupuestos materiales deben orientar las prácticas regulativas, se hace inconcebible hablar de imparcialidad o neutralidad con el significado que estos conceptos tuvieron tradicionalmente, en el marco del modelo jurídico tradicional.

Los expertos en el funcionamiento de los órganos administrativos han señalado que los agentes burocráticos no operan como pueden actuar los órganos judiciales –tipo ideal de decisión jurídica o adjudicación– que se pueden permitir el lujo de intentar buscar la intención del legislador, la única solución correcta (Galligan, 1992). Las burocracias que realizan políticas públicas y sociales tienen que construir las vías y las pautas para realizar los objetivos recogidos en los instrumentos regulativos de un modo razonable. Definir los programas específicos y las pautas de actuación adecuadas para alcanzar los objetivos generales previstos en la legislación regulativa básica es una tarea compleja donde no sólo se tienen en cuenta los fines de la ley, sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad. Las premisas de la actividad administrativa ya no son reglas a cumplir a “rajatabla”, sino recursos a utilizar desde el punto de vista de su adecuación para ciertas tareas (Offe, 1988).

La eficacia del derecho, por lo demás, no va a medirse en términos de ajuste o de seguimiento estricto de las normas jurídicas; sino en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos. La lógica del funcionamiento político-administrativo determina que la evaluación de la eficacia del derecho útil tienda a medirse en términos de **logro de objetivos** o **realización de funciones**. La eficacia no se define por el seguimiento de reglas, sino por el logro de resultados o la realización de funciones. Criterios como los de eficiencia, efectividad y eficacia son consustanciales a las dinámicas regulativas, por lo que parece prudente tomar nota de los mismos y evaluar sus posibles incidencias. Sin que ello suponga incurrir en su “demonización”; ni tampoco, en el otro extremo, aceptar las pretensiones de legitimación a partir de la eficacia.

Lo anterior es algo que difícilmente puede ser asumido desde los planteamientos del método y las funciones tradicionales del derecho. Quizá, por eso, se ha hablado de que la orientación sustantiva del derecho hacia fines regulativos y resultados prácticos acabará provocando la muerte del derecho (Teubner, 1992). Aun sin estar de acuerdo con esta afirmación sí parece oportuno concluir subrayando que la aplicación del derecho regulativo conlleva unos niveles de complejidad tales que desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación judicial sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal y nos obligan a aperturas teóricas y a la renovación, incluso, de los viejos términos con los que nos hemos acostumbrado a describir las formas y las dinámicas del derecho.

Ciertamente, las transformaciones del derecho son tan profundas que hay motivos para el desconcierto. Es obvio que el modelo jurídico que promueve el derecho regulativo es difícilmente asimilable por los juristas avezados en la metodología del formalismo jurídico y, en consecuencia, estos pueden ser incapaces de aceptar tanto ideológica como científicamente las nuevas formas y dinámicas de un derecho que cuestiona –una vez más– el método jurídico tradicional y muchas rutinas consolidadas (Calvo, 1998). Esto aparte, las referidas transformaciones vienen acompañadas de procesos que más que desconcertar, preocupan.

#### Tensiones garantistas

La orientación del derecho a fines; la consiguiente evaluación de su eficacia en función de resultados; su apertura a la incidencia de factores económicos, políticos y a otros criterios de oportunidad; la incorporación de expertos procedentes de otros ámbitos científicos y técnicos y su lectura del procedimiento como traba para alcanzar los fines perseguidos; y otros muchos factores hacen que la tensión garantista –eficacia-procedimiento; eficacia-garantías; ampliación márgenes de actuación de los aparatos burocráticos, principio de legalidad, etc.– aflore con facilidad y que, por lo general, se rompa del lado de la pérdida de garantías y la difuminación de los controles jurisdiccionales desarrollados por la ideología jurídica liberal con el fin de asegurarlas.

En definitiva, las características de la estructura y las dinámicas del derecho regulativo ponen sobre la mesa el debilitamiento de las garantías individuales y colectivas. Ahora bien, las constataciones y las reflexiones anteriores probablemente, no pueden –ni deben– hacernos añorar sin más ni más el “formalismo” jurídico de la ciencia jurídica tradicional. No obstante, tampoco puede perderse de vista que la lucha contra las inmunidades del poder y en defensa de las garantías debe afrontar todavía difíciles e imaginativos retos. Sobre todo, si como vamos a ver, derecho regulativo impregna incluso los ámbitos penales de control social.

### 3.2. La incidencia del derecho regulativo en ámbitos de control social penal

Como hemos visto en el apartado anterior, el uso del derecho con fines de intervención frente a situaciones de riesgo desborda ampliamente los moldes de las funciones tradicionales del mismo, dando lugar a la eclosión de un modelo de “derecho regulativo”, que representa el tipo de derecho predominante en los Estados post-industriales. Y que ha llevado incluso a hablar de un nuevo “estado regulativo”.

#### Nota

Este tipo de derecho ha sido estudiado sobre todo en relación con la economía y el derecho del estado de bienestar.

Sin embargo, en la actualidad estaríamos asistiendo a una tendencia creciente a la gestión de ciertos riesgos sociales a partir del derecho regulativo con fines claros de control e integración social, lo cual hace pertinente su toma en consideración de un modo específico. Así puede verse en ciertas políticas criminales<sup>4</sup> y sociales<sup>5</sup>. En realidad, desde un punto de vista más general se podría afirmar que el mantenimiento del orden social a partir de mecanismos represivos e integradores no sólo impone el crecimiento progresivo del entramado represor del Estado. La corrección de situaciones disfuncionales o peligrosas para la estabilidad social determina la utilización del derecho preventivamente y como medio de integración.

<sup>(4)</sup>Seguridad ciudadana, Derecho penal juvenil, violencia familiar y de género, etc.

<sup>(5)</sup>Intervención familiar, protección de menores, salario de inserción, etc.

Como consecuencia, se fuerzan las funciones de la Administración de justicia implantando mecanismos de intervención más amplios y complejos. Los roles de los operadores judiciales tradicionales –jueces y fiscales– se transforman, se desdibujan las fronteras del sistema penal, se incorporan nuevos agentes –sociales y terapéuticos– para hacer operativas las funciones preventivas secundarias y terciarias del derecho penal punitivo y cautelar, etc. Y aún así, esos cambios del sistema judicial penal resultan insuficientes para la eficacia del nuevo modelo de control e integración social, razón por la cual, estaríamos asistiendo a una clara administrativización de los mecanismos de intervención inherentes a las nuevas políticas criminales y de seguridad. Dicho de otra manera, la plena operatividad de las nuevas estrategias preventivas de intervención y cambio social ha llevado aparejada la apertura de mayores espacios para la intervención administrativa. Lo cual implica de entrada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero también, como veremos, a la Administración social.

La eficacia del nuevo derecho regulativo de control social requiere la existencia de mecanismos más amplios y sofisticados y una organización más flexible, susceptible de adaptarse rápidamente a coyunturas cambiantes y amoldarse a los imperativos pragmáticos de las estrategias de intervención y protección. Como consecuencia, la policía asume un claro protagonismo en el marco de la intervención penal, mientras que la jurisdicción pasa a un segundo plano y, además, en este ámbito pasan a ser los fiscales y no los jueces los que han de llevar la iniciativa (Díez Ripollés, 2005).

Esta tendencia se complementa con la transformación del rol de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En este sentido, se tiende claramente a la especialización del conocimiento mediante programas de formación y unidades especializadas. Este modelo, que ha sido definido como “modelo de policía comunitaria” (Domínguez y Rodríguez 2003), se asentaría en la constitución de unidades de profesionales expertos, en la medida en que poseen información abstracta sobre los riesgos y que participan en su diagnóstico y tratamiento. Estaríamos ante un cambio de enfoque que conlleva nuevas prácticas de gestión de los riesgos a partir de procedimientos preventivos y más sofisticados con fines de vigilancia y control como de seguridad. A estos efectos la apuesta por la incorporación de nuevas tecnologías es importante; pero también la apertura de mayores márgenes y flexibilidad de la intervención policial.

En definitiva, todo lo anterior nos sitúa ante un marco de profundas transformaciones del derecho como consecuencia de la desjudicialización del control, con todo lo que eso conlleva en términos de devaluación de garantías; el aumento del protagonismo de la función del policía-experto que se agiganta con la ampliación de los márgenes de discrecionalidad y la autoridad que se le atribuyen; y, en definitiva, las repercusiones inherentes a la traslación de la lógica del sistema político al sistema jurídico a partir de la definición de un espacio artificial de intervención que se construye desde concepciones de riesgo basadas en las categorías de “seguridad-inseguridad” ciudadana, “alteración del orden”, “grave alarma social”, etc.

Un ejemplo que pone en evidencia lo anterior, se encuentra en la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que despenaliza ciertos ámbitos del control social para administrativizarlos y flexibilizarlos (Calvo, 1995). La LOPSC se enmarca precisamente dentro de la tendencia global encaminada a facilitar la eficacia de la acción policial. En la línea de antecedentes como la legislación antiterrorista, que supuso en su momento la introducción de elementos y principios conflictivos con el ámbito tradicionalmente “garantista” del derecho penal, determinando un cambio profundo del modelo de legalidad penal y procesal (Ferrajoli, 1990); la Ley de Seguridad Ciudadana extiende con carácter general soluciones excepcionales encaminadas al control de las causas que determinan las situaciones de riesgo de la inseguridad ciudadana. La Ley de Seguridad Ciudadana amplía los márgenes administrativos –policiales y gubernativos, en este caso– de actuación y la consiguiente traslación de mecanismos de control social desde la esfera judicial a la esfera de la Administración. Esto no significa, que las actuaciones policiales queden al margen del oportuno control jurisdiccional. Significa tan sólo, que buscando una mayor flexibilidad en la ejecución de las políticas de seguridad –preventivas, sobre todo–, se sustraen algunas actuaciones policiales a los mecanismos tradicionales del control penal, con el fin de eludir la rigidez garantista de los principios penales y la responsabilidad institucional de algunos jueces empeñados en su defensa.



En la línea mencionada, aduciéndose como única justificación la voluntad política de mejorar la eficacia en la persecución del delito, la Ley de Seguridad Ciudadana introduce cambios importantes con respecto al modelo tradicional de control al configurar espacios autónomos de intervención discrecional de los cuerpos y fuerzas de seguridad, basados muchas veces en restricciones importantes de la libertad personal, con lo que se desvirtúan o anulan las garantías que el sistema tradicional ofrecía. Como consecuencia, se desjudicializan campos cada vez más amplios de las políticas de seguridad y se abren espacios de actuación flexibles para la intervención policial.

La apertura de espacios de discrecionalidad crecientes en las nuevas políticas de seguridad nos sitúa ante la tesitura de algo más que un mero problema hermenéutico o científico-jurídico de búsqueda interpretativa de la “única solución correcta”.

Los espacios represivos de carácter extraordinario creados por la Ley de Seguridad Ciudadana no son algo casual, sino un objetivo buscado para legitimar actuaciones policiales discrecionales que tienen como consecuencia inmediata la limitación de la libertad y los derechos de las personas. Para ello se procede a la apertura de espacios de poder y de fuerza que puedan ser utilizados flexiblemente –con criterio experto, se supone– por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado siguiendo las directrices de las respectivas políticas. La utilización del derecho para realizar políticas de seguridad preventiva no es ajena en este sentido a la penetración creciente de la lógica del sistema político en el sistema jurídico.

La Ley de Seguridad Ciudadana pone de manifiesto con nitidez esta estrategia mediante el aumento de la ambigüedad calculada en la formulación de sus preceptos como recurso para abrir espacios amplios de intervención policial preventiva que escapan al control judicial previo y que van a ser especialmente difíciles de controlar *a posteriori* precisamente por la indefinición de pautas concretas de actuación. Así, se recurre ostensiblemente tanto al uso de conceptos indeterminados y márgenes de apreciación materiales, que ofrecen la posibilidad de lecturas diversas. Conceptos como *flagrante*, *conocimiento fundado* y *constancia* operaban como llave para violentar el ámbito íntimo sin respetar garantías previstas constitucionalmente, lo que supuso su anulación por el Tribunal Constitucional en su sentencia 341/1993. Sin embargo, aún quedan muchos otros repartidos por los preceptos supervivientes<sup>6</sup> y algunos concentrados en un problemático artículo 20.2 de la LOPSC, donde se regula la retención a efectos de proceder a efectuar diligencias de identificación.

Las transformaciones operadas por la LOPSC se apoyan en la creencia de que, en la práctica, la eficacia en la protección de la seguridad ciudadana descansa en el aumento los recursos y las posibilidades de intervención policial. Como consecuencia, esta Ley ha desarrollado un nuevo marco para el desarrollo de las políticas de seguridad caracterizado por la mayor flexibilidad en las actuaciones preventivas y represivas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el

#### Ved también

Para más información sobre la discrecionalidad en el derecho regulativo, consultad el apartado “Estructura y dinámicas del derecho regulativo” en este módulo.

<sup>(6)</sup>“Alarma social”, “tiempo imprescindible”, “necesario”, “tenencia ilícita que no constituya infracción penal”, etc.

fin declarado de obviar la rigidez garantista de los principios penales. De hecho, el análisis realizado pone sobre la mesa el debilitamiento de las garantías individuales y colectivas que ya habíamos planteado en abstracto. Los límites del derecho se tornan difusos como consecuencia de la ambigüedad calculada con la que se formulan los espacios normativos que requiere la flexibilidad de las nuevas políticas de seguridad. Además, la propia orientación del derecho a fines pragmáticos determina la consiguiente evaluación de la eficacia en función de resultados y su apertura a la incidencia de factores políticos y a otros criterios de oportunidad, al tiempo que se realza la autoridad del experto – el policía en este caso. Todos estos y algunos otros factores hacen que la tensión garantista de la que hablábamos en el apartado anterior –eficacia-procedimiento; eficacia-garantías; ampliación márgenes de actuación de los aparatos burocráticos-principio de legalidad, etc.– aflore con facilidad y que, por lo general, se rompa del lado de la pérdida de garantías.

Otro ejemplo de la orientación del derecho hacia mecanismos del control regulativo lo encontramos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, donde las técnicas del derecho regulativo invaden directamente la normativa penal (Calvo, 2005b). Esta ley da un paso más en la gestión jurídica de los riesgos mediante la introducción de medidas cautelares y otros mecanismos de intervención preventiva de índole penal o procesal penal, introduciendo las técnicas del derecho regulativo en el ámbito estricto del derecho penal. Es decir, frente al ejemplo anterior, donde se “administrativizaban” espacios del control penal para hacerlos operativos mediante dinámicas más flexibles a partir de instrumentos regulativos, la Ley de Violencia de Género introduce técnicas propias del derecho regulativo en el ámbito del derecho penal. Los límites de la intervención punitiva para erradicar la violencia de género y proteger adecuadamente a las víctimas habrían llevado a desarrollar otras facetas en la gestión jurídica de los riesgos con la introducción de medidas cautelares y otros mecanismos de intervención preventiva de índole penal o procesal penal.

De entrada, la Ley de Violencia de Género busca realizar determinados valores e intereses sociales mediante la transformación de las condiciones culturales y las estructuras sociales sobre las que se asienta la violencia de género. Este planteamiento y las medidas de prevención primaria vinculadas al mismo se completan con medidas mucho más concretas y de mayor alcance, aunque quizá nunca del todo suficientes, orientadas a poner en marcha un amplio conjunto de políticas preventivas de carácter secundario encaminadas a la detección precoz del fenómeno y a la consiguiente intervención protectora y asistencial de las víctimas con el fin de eliminar o en su caso sortear la situación de riesgo existente. Obviamente, estas medidas llevan a una fuerte “administrativización” de las políticas públicas encaminadas a hacer frente a la violencia de género, que dejan de ser estrictamente judiciales e, incluso, policiales para involucrar a distintas administraciones en tareas de protección integral de las mujeres víctimas de la violencia de género y en el cambio de los sistemas sociales primarios. Las medidas que hemos ido apuntando reclaman

la intervención estatal con fines de integración social y protección integral de las víctimas. La implementación de estas funciones asistenciales y de protección integral es competencia obviamente de las entidades públicas competentes en materia de acción social y en particular de las comunidades autónomas y entidades locales, que están llamadas a participar en el desarrollo de estos servicios asistenciales y de apoyo y se asegura la coordinación de los mismos con las actuaciones de los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente.

En definitiva, en la línea de gestión preventiva de los riesgos la LO 1/2004 habría dado un paso significativo en orden a intervenir sobre los sistemas sociales primarios para corregir las causas originarias de la violencia de género y desarrollar un conjunto de políticas preventivas encaminadas a la detección, protección y asistencia integral de las víctimas. Una intervención que se articularía a partir de criterios de gestión de riesgos y por medio del derecho regulativo y que habría generado un sistema de control e integración social que ha evolucionado hacia un derecho cautelar basado en las técnicas de gestión de los riesgos. Este nuevo derecho penal cautelar, basado en las técnicas de gestión de los riesgos y las nuevas propuestas de una política criminal de seguridad, incorpora técnicas de derecho regulativo.

Como reza en la exposición de motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, las “medidas cautelares penales sobre el agresor” están “orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos”. Es decir, se trata de medidas preventivas, restrictivas de derechos, que se adoptan con carácter previo a la hipotética condena del acusado, esto es, antes de que se haya desvirtuado plenamente la presunción de inocencia. Su función es claramente preventiva, por eso la medida deba ser necesaria para la protección de la víctima y además proporcionada<sup>7</sup> y el hecho de que sea una medida cautelar previa a la prueba y condena de los hechos, determina los requisitos para su aprobación. Según el artículo 544<sup>ter</sup>.1, para que se dicte la orden de protección se exige que, además de los requisitos subjetivos, existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad; y que se aprecie una situación objetiva de riesgo para la víctima. Marco de decisión que entroncaría directamente con lo que habíamos apuntado sobre las dinámicas del derecho regulativo: una clara pérdida de autonomía de lo jurídico en orden a una adecuada protección a las víctimas: la apertura de espacios importantes de discrecionalidad; la posible incidencia en la realización del derecho de intereses y criterios de oportunidad<sup>8</sup> y la consiguiente evaluación de la eficacia del derecho en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos.

<sup>(7)</sup> Artículo 544bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción dada por el artículo 68 de la ley de Violencia de Género

<sup>(8)</sup> Emergencias, alarmas sociales, coyunturas políticas, exigencias profesionales, etc.

En otro orden de cosas, se ha dicho que este derecho penal cautelar puede llevar directamente a la reconstrucción, si no de un derecho penal del enemigo, si de un derecho de la peligrosidad, en el que se reintroducirían las medidas de seguridad “predelictivas” y la reinstauración del sistema de acumulación de pena y medida (Díez Ripollés, 2005). En realidad, los avances hacia un derecho cautelar, al menos en los supuestos que hemos analizado, no giran en torno a la noción tradicional de “peligrosidad”; sino que más bien se orientan a fines preventivos y de protección que se articularían desde nociones más acordes con una perspectiva actual como la de “riesgo”. Las decisiones al respecto habrán de adoptarse no en función de la personalidad del inculgado, sino a partir de la evaluación de su necesidad para proteger a la víctima, esto es, cuando exista una situación de riesgo objetivo para la víctima o los menores descendientes.

Lo que sí está claro, en todo caso, es que los avances del derecho penal cautelar se articulan en torno a una nueva centralidad de las víctimas en la configuración de las políticas criminales y la noción de riesgo como idea reguladora que hace posible el desarrollo de mecanismos penales de intervención preventivos. En este sentido, se ha hablado de una “nueva penología” (Feeley y Simon 1992). Las políticas criminales que se articulan a partir de la noción de riesgo se desplazan de las causas del delito y los aspectos psicológicos y sociales determinantes del comportamiento delictivo, para centrarse en los factores de riesgo. La nueva penología pierde de vista las condiciones subjetivas de la responsabilidad y la proporción entre la gravedad del hecho y la respuesta penal condenando más sobre la base del perfil de riesgo del delincuente que sobre la base de la gravedad del delito cometido (Sparks, 2000). De esta manera, se anticipan considerablemente los umbrales de la punibilidad y se pierde de vista la proporción entre la gravedad del hecho cometido y la sanción penal, desbordando claramente los criterios que en nuestra tradición jurídico-penal han servido para determinar la responsabilidad criminal. En definitiva estamos ante una transformación profunda de las políticas criminales que conservarían la relevancia simbólica del sistema punitivo tradicional, pero avanzando hacia un modelo mixto en el que las técnicas del control punitivo tradicional se matizan o se complementan con desarrollos penológicos y demandas securitarias basadas en las técnicas de gestión del riesgo. La noción de riesgo y las técnicas de gestión de los riesgos cobran así una relevancia excepcional en las nuevas políticas criminales.

La utilización del derecho como instrumento para canalizar políticas preventivas frente a la violencia de género provoca la ampliación de los márgenes de intervención jurídica y una cierta traslación de los mecanismos de actuación desde la esfera judicial a la esfera de la administración o el propio cambio de las pautas de intervención judicial en el ámbito penal. En definitiva, puede decirse que los nuevos instrumentos de control positivo y negativo vinculados a la utilización del derecho con fines preventivos y de transformación social suponen un cambio fundamental en la fisonomía del ordenamiento jurídico que pone en cuestión la racionalidad formal de su estructura y contenido, al

tiempo que se introducen mutaciones sustanciales en las dinámicas de realización del mismo, que cobran una gran complejidad, al concitarse la simbiosis de mecanismos regulativos y del Derecho penal para la gestión de los riesgos con fines preventivos y de protección de las mujeres víctimas de la violencia sexista (Calvo, 2007).

Si, como dijimos, el derecho regulativo desconcertaba, las tensiones garantistas preocupan. En este sentido, han sido numerosas las voces que desde esa perspectiva se han alzado críticamente frente a las tendencias apuntadas. Sin embargo, entendemos que no conviene caer en la crítica fácil. Para empezar, las políticas preventivas encaminadas a garantizar la seguridad ciudadana constituyen un interés legítimo en nuestras sociedades, como se reconoce en el artículo 104.1 de la Constitución española. Ahora bien, cuando se fuerzan garantías y de derechos y libertades fundamentales deben extremarse las cautelas. Con todo, no parece aconsejable, perder de vista la complejidad del problema al que nos enfrentamos y la amplitud de la demanda de seguridad de nuestras sociedades –por mucho que podamos defender que en buena medida es artificial-. En este sentido, se debe asumir sin cortapisas que la demanda de seguridad es legítima, siempre que no sea a costa de sacrificar derechos y libertades fundamentales de las personas.

Con respecto al ejemplo de la violencia de género, se matiza que lo que se cuestiona no son los objetivos, sino las formas. Pudiera parecer que nuestras críticas van en esa dirección, pero tampoco es ese nuestro planteamiento. El desconcierto e, incluso, las preocupaciones apuntadas no deben ser obstáculo para una valoración positiva de los avances que supone la LO 1/2004. La cuestión de fondo es si se quiere apostar por la prevención y la protección integral o no. Si la respuesta es afirmativa, probablemente sólo hay un camino –o al menos sólo se ha explorado científicamente un camino– para anticiparse a los riesgos sociales y garantizar una prevención eficaz. En este sentido, como ya apuntamos más arriba, creemos que las constataciones y las reflexiones críticas apuntadas, no pueden –ni deben– hacernos añorar sin más ni más el “formalismo” jurídico tradicional. No obstante, tampoco pueden perderse de vista, con el fin de extremar las cautelas “garantistas”, si bien adecuadas a un nuevo modelo regulativo y a nuevas dinámicas jurídicas que parecen insoslayables.

## 4. Pluralismo jurídico

### 4.1. El pluralismo jurídico como una cuestión de hecho

El pluralismo jurídico siempre ha estado presente en los enfoques socio-jurídicos.

En el ámbito de la ciencia jurídica, cabe mencionar las propuestas de Ehrlich sobre la necesidad de reconocimiento de un “derecho vivo” y un enfoque que tomase en consideración las fuentes no legales del derecho. Pero también en el ámbito de las ciencias sociales hay propuestas que al hilo de la construcción de la sociología del derecho avanzan tesis a favor del reconocimiento del pluralismo jurídico, como las de Petrazycki o Gurvitch. Este último, en la misma línea que Petrazycki, subrayó que el derecho no es sólo un conjunto de normas y decisiones producidas por agentes estatales; sino que otros agentes sociales como grupos o comunidades producen normativas que pueden ser consideradas como jurídicas desde un punto de vista sociológico abonando la tesis de un derecho social.

Sin embargo, a pesar de su interés teórico, estas orientaciones nunca sobrepasaron los límites impuestos por una ciencia jurídica anclada en una ideología profundamente estatista, basada en el carácter unitario del ordenamiento legal y en el monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado. Como consecuencia, los enfoques socio-jurídicos que insistían en la realidad del pluralismo jurídico como una cuestión de hecho quedaron en los márgenes del discurso jurídico.

Hoy en día, no obstante, las cosas parecen ser distintas y la tozudez de los hechos parece estar imponiendo la necesidad de incorporar la perspectiva del pluralismo jurídico. Al caldo de cultivo generado por los movimientos descolonizadores de mediados del siglo XX, se habrían sumado las consecuencias jurídicas derivadas de la exigencia de reconocimiento que plantean algunos grupos culturales y habrían provocado la urgencia del debate sobre los fenómenos interculturales y la necesidad de tomarnos en serio el pluralismo cultural y jurídico.

El pluralismo jurídico ya no es una cuestión marginal a enfocar desde disciplinas fronterizas como la antropología jurídica o en los discursos socio-jurídicos sobre el “derecho vivo”. Las transformaciones sociales y políticas experimentadas en las últimas décadas han dado lugar a situaciones de efectivo pluralismo que cuestionan las formas tradicionales del derecho y ponen en solfa

el modelo jurídico-político liberal. Un modelo basado en la consagración de la unidad de los Estados nacionales modernos, contruidos a espaldas de los valores y las culturas minoritarias étnicas y/o nacionales.

El reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico rompe frontalmente con ese modelo al cercenar los fundamentos del monopolio estatal de los mecanismos coercitivos y de los medios de producción normativa sobre los que descansa la teoría del derecho tradicional (Santos, 2009; Tamanaha, 2001; Galligan, 2007). Cuando se reconocen los derechos de autodeterminación cultural de comunidades con una identidad propia y que conservan sistemas jurídicos propios, más o menos desarrollados; pero que articulan sistemas propios de orientación del comportamiento y procedimientos para la resolución de conflictos, ¿por qué no se puede hablar en estos casos de sistemas jurídicos? La única razón que puede esgrimirse es que ello choca con los postulados ideológicos y teóricos desde los que se ha construido la ciencia jurídica, pero este quizá no sea argumento suficiente.

Es necesario, pues, afrontar el reto del pluralismo jurídico y redefinir sus postulados básicos para ser capaz de contemplar tales sistemas de normas de los grupos minoritarios o no hegemónicos como auténticos sistemas jurídicos; revisando para ello, en primer lugar la teoría del ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, las pautas tradicionales del análisis normativo.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, quizá sea necesario advertir que la Ciencia jurídica requiere un cierto cambio de talante para afrontar el análisis de fenómenos como el del pluralismo jurídico. Incluso una teoría socio-jurídica del derecho debe asumir como punto de partida una perspectiva lo más amplia posible. En este sentido, acaso debamos aprender de los antropólogos y tratar de descubrir las cualidades normativas de tales sistemas jurídicos sin reducirlos ni explicarlos desde las características de los sistemas hegemónicos, tan particulares por lo demás como aquellos y a veces minoritarios (Stavenhagen, 1995; Santos, 2009).

Dicho lo anterior, también puede ser bueno precavernos contra la inflación del término *pluralismo jurídico*. No todo sistema normativo es un sistema jurídico, como tampoco todas las formas de pluralidad cultural dan lugar a situaciones de pluralismo jurídico (Merry, 2007).

En este último sentido, en primer lugar, debemos distinguir los fenómenos de pluralismo jurídico de la mera tolerancia o, incluso, del reconocimiento legislativo de prácticas culturales, religiosas o consuetudinarias de los grupos minoritarios o no hegemónicos. El reconocimiento de la diferencia cultural y tolerancia en relación con tales prácticas culturales, religiosas o consuetudinarias no desemboca en nuestra opinión en situaciones de auténtico pluralismo jurídico. Ni aun cuando ese reconocimiento tiene lugar desde la propia legislación. Lo cual, dicho sea entre paréntesis, representa una solución deseable. El pluralismo cultural e incluso la interculturalidad no desembocan automática-

#### Ejemplo

Es obvio que los preceptos de una secta o el sistema de reglas que determina los comportamientos de los miembros de una banda de ladrones no conforman un sistema jurídico. Pero tampoco todas las formas de multiculturalismo dan lugar a situaciones de pluralismo jurídico.

mente en situaciones de pluralismo jurídico. La tolerancia y el reconocimiento sólo garantizan la no imposición de unos determinados valores culturales, morales o religiosos por medio del derecho.

Al pluralismo jurídico en sentido estricto se llega desde el reconocimiento por el sistema hegemónico de sistemas jurídicos comunitarios a los que se dota de autonomía relativa dentro de contextos de autogobierno y reconocimiento de la pluralidad cultural. Reconocimiento de la validez general de las normas de todo el sistema comunitario –por lo general, dentro de ciertos límites– y reconocimiento de los mecanismos coercitivos propios como expresión de los derechos de autogobierno de estos grupos. Dicho de otra manera, mediante la aceptación de competencia jurídica propia de un grupo o comunidad étnica. Tal competencia jurídica se asentaría sobre el reconocimiento de la autonomía y auto-tutela jurídica del grupo no hegemónico, esto es, sobre la doble capacidad de producción autónoma del derecho comunitario y la aplicación del mismo. Lo cual supone indudablemente un auténtico desafío o quiebra del monopolio estatal de producción y distribución del derecho.

En línea con lo anterior, lo de menos sería si se preserva o no se preserva el factor unidad o si por el contrario afrontamos una situación de pluralismo jurídico alternativo. En muchos casos, el reconocimiento de la validez se produce desde las propias constituciones, con lo cual se llega a soluciones muy próximas a las del federalismo o a las formas de autogobierno y descentralización político-jurídica ya aceptadas como normales en el marco de la ciencia jurídica. Este tipo de soluciones permitirían preservar el factor unidad del ordenamiento jurídico; pero son contestadas por algunos grupos culturales.

#### Comunidades indígenas

Así, por ejemplo, determinadas comunidades indígenas reclaman mayores cotas de auto-determinación y rechazan el reconocimiento constitucional. Aunque no contemplan como resultado del ejercicio del derecho de autodeterminación la constitución de un nuevo Estado y sólo buscan el pleno reconocimiento de sus derechos de autogobierno como grupo o comunidad –sin Estado–; rechazan la idea de la necesidad de un reconocimiento de su sistema jurídico por el sistema hegemónico alegando argumentos históricos o de equidad intercultural. De todas formas, la reivindicación más generalizada es aquella que tiende a eludir la supervisión de sus decisiones jurídicas por los tribunales del sistema jurídico dominante. Así, aunque muchos grupos indígenas aceptan atemperar los procedimientos y las sanciones de sus sistemas jurídicos tradicionales con el fin de no vulnerar los derechos humanos de las constituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos, por regla general se oponen a someter la supervisión de sus decisiones jurídicas a los tribunales del sistema jurídico que representa la cultura hegemónica.

#### 4.2. Los retos jurídicos de la interculturalidad

El multiculturalismo en nuestras sociedades es una cuestión de hecho, quizá por eso los enfoques socio-jurídicos han reparado con mayor presteza en este dato. La orientación hacia las ciencias sociales permite captar con mayor claridad los condicionamientos y alternativas frente a la realidad plural de nuestras sociedades y, a partir de ahí, las consiguientes demandas de pluralismo jurídico.



El término *multiculturalismo* abarca formas muy diferentes de pluralismo cultural, lo cual a su vez conlleva demandas de reconocimiento y retos jurídicos diversos. En consecuencia, se ha propuesto distinguir al menos dos modelos amplios de diversidad cultural: el **multiculturalismo nacional** y el **multiculturalismo de tipo étnico, religioso** o puramente **cultural** (Kymlicka, 1996). El pluralismo multinacional deriva de la existencia de “minorías nacionales” o indígenas que aspiran bien a seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoría de la que forman parte, manteniendo diversas formas de autogobierno; o bien a constituir un Estado-nación independiente. El pluriculturalismo étnico se referiría a la diversidad cultural originada como resultado de procesos migratorios individuales o familiares que van generando grupos basados en una identidad étnica o religiosa. A pesar de un carácter elemental se trata de una distinción útil, aunque no debe impedirnos perder de vista la posibilidad de encontrar ejemplos de sociedades multinacionales y poliétnicas al mismo tiempo e, incluso, de multinacionalismos asentados sobre elementos identitarios de carácter étnico o religioso o incluso mucho más complejos.

El multiculturalismo, como apuntábamos, es en realidad un hecho social y en este sentido ha de ser asumido como tal tanto por sociólogos como por juristas. De la misma manera, habrá de ser valorada la respuesta política de nuestras sociedades a este fenómeno. Al respecto, mientras que la pluralidad de identidades adquiera cada vez más fuerza en nuestras sociedades, teniendo en cuenta el reconocimiento o no (Taylor, 1994) de la pluralidad cultural, las políticas del multiculturalismo se diversifican en políticas no-pluralistas y pluralistas.

Las **políticas multiculturales no-pluralistas** se basan en el principio de no reconocimiento basado en la hegemonía de la identidad nacional mayoritaria —étnica, constitucional, etc. Ya sea a partir de demandas de sumisión o de asimilación, este tipo de políticas no pluralistas buscan la represión de la diferencia o la incorporación de los desiguales al grupo culturalmente dominante. Argumentos —cuando los hay— basados en el respeto del orden público o la legitimidad derivada de la necesidad de asegurar la cohesión social o incluso, a veces, muy sibilina, la promoción de la igualdad y el respeto de los derechos individuales, que dan lugar a formas de intervención **represivas** o **asimilacionistas** informadas por los principios y la cultura del grupo dominante. Esto es, a actuaciones tendentes a anular de modo coercitivo o a través de políticas de integración, respectivamente, las diferencias culturales y a erradicar las prácticas tradicionales de los grupos minoritarios o no hegemónicos.

Las **políticas multiculturales pluralistas**, por el contrario, descansan en políticas basadas en el reconocimiento de las diferencias nacionales y/o étnicas y religiosas existentes. La opción pluralista puede ser considerada como propiamente **intercultural**, cuando no existen limitaciones significativas, o como un **pluralismo limitado**, cuando existan limitaciones significativas derivadas de la protección superior de un “cuerpo mínimo de valores compartidos” o del denominado “patriotismo constitucional” (Habermas, 1999). Así como la

primera de estas tesis no puede dar más de sí que un limitado margen de tolerancia que permita la cohesión social a construir desde esos valores compartidos, la segunda resulta más interesante a pesar de cercenar también las posibilidades de construir una sociedad auténticamente intercultural.

Ni que decir tiene que el desarrollo de políticas multiculturales basadas en el reconocimiento o no reconocimiento de las identidades culturales va a tener consecuencias jurídicas importantes. Cuando se parte de la **negación del reconocimiento**, no se podrá evitar que surjan conflictos y choques normativos de las culturas minoritarias con los valores de la cultura mayoritaria protegidos con exclusividad por los sistemas jurídicos no pluralistas. En estos casos, la diversidad cultural –étnica, religiosa, etc.– abona con frecuencia el desarrollo de comportamientos individuales y colectivos amparados en valores y normas propias del grupo diferenciado, pero que están en conflicto con las normas –incluso penales– del sistema jurídico basado en los valores y los intereses sociales del grupo mayoritario. Las soluciones dadas desde la óptica no pluralista para no reconocer e incluso criminalizar los comportamientos diferentes oscilan desde la defensa del estricto principio de legalidad formalista –la ley es ley para todos–, el burdo argumento basado en la defensa del orden público o el más sibilino argumento de la defensa de los derechos individuales orientado a dejar las cosas como están.

Como han puesto en evidencia los expertos que vienen trabajando en este campo, los problemas más graves se producen cuando se recurre al derecho penal. Esta opción significa activar un modelo de exclusión social y pone de manifiesto los límites del derecho y, en particular, el derecho penal para hacer frente a procesos sociales de extraordinaria complejidad con instrumentos jurídicos “hipersimplificados” (Lucas, 1998; 2002). La opinión criminalizadora despliega tremendos efectos negativos: tanto desde la perspectiva de la gestión de las relaciones intergrupales, como desde el fomento de una mayor opacidad intragrupal de las colectividades minoritarias, que se ven abocadas a experimentar procesos colectivos de victimización, resistencia y clandestinidad de las prácticas “diferentes”. En cualquier caso, parece prudente afrontar esta cuestión desde la legislación, mejor que judicialmente. De otro modo, se corre el riesgo de añadir más pérdidas de elementos a tener en cuenta en una adecuada ponderación de los respectivos valores y pretensiones normativas en conflicto, en orden a la justificación o al rechazo de algunos de ellos.

Las **políticas multiculturales basadas en el reconocimiento** también tienen consecuencias normativas importantes.

#### Ejemplo

El reconocimiento de derechos de autogobierno a grupos nacionales puede llegar a soluciones federalistas o secesionistas, estas últimas basadas en el ejercicio del derecho colectivo de autodeterminación. Como consecuencia, se producirían, respectivamente, situaciones de efectivo pluralismo jurídico-político o la emergencia de un nuevo sistema jurídico.

Desde la perspectiva de la teoría socio-jurídica, concitan un gran interés las frecuentes demandas de los grupos minoritarios –aunque quizá fuese mejor decir no hegemónicos, dado que, como ocurre con ciertas comunidades indígenas en algunos países, estos grupos pueden ser mayoritarios– que, sin buscar la escisión y asumiendo, incluso, a veces, como marco de sus demandas la Constitución, anhelan el reconocimiento de un poder legal propio para imponer a sus miembros y las prácticas y normas propias de sus respectivos sistemas culturales.

Las políticas multiculturales basadas en el reconocimiento pleno abocan en algunos casos a situaciones de conflicto normativo o de pluralismo jurídico que cuestionan las formas tradicionales del derecho. Entre las principales consecuencias del multiculturalismo en el campo jurídico, cabe destacar, en primer lugar, la puesta en solfa del modelo liberal basado en la consagración de la unidad de los Estados nacionales asentados sobre las estructuras políticas generadas en el tránsito hacia la modernidad y construidas muchas veces a espaldas de los valores y las culturas étnicas y/o nacionales minoritarias integradas. En otro orden de cosas, en segundo lugar, hay que hacer referencia a la crisis de la supremacía excluyente de la ley como fuente del derecho. Los conflictos normativos que provocan políticas no pluralistas evidencian la imposibilidad de afrontar su solución desde el reconocimiento de los valores “diferentes” o la mera consideración de los modelos normativos de los grupos no hegemónicos. La otra opción, la del reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico rompe frontalmente con ese modelo al cercenar el fundamento del monopolio coercitivo y de los medios de producción de normas sobre los que descansa el modelo jurídico tradicional.

En definitiva, el pluralismo jurídico, como se acaba de ver, se asentaría sobre el reconocimiento junto al sistema hegemónico de otros ordenamientos de derecho positivo, constituidos esencialmente por normas de derecho consuetudinario u otro tipo de prácticas a través de las cuales los grupos diferenciados ajustan su comportamiento y saldan sus litigios. El pluralismo jurídico basado en reconocimiento de las demandas normativas basadas en el pluralismo cultural permitiría, por un lado, que los grupos culturales minoritarios –étnicos, religiosos, etc.– pudieran imponer a sus miembros sus prácticas y normas tradicionales. Por otro lado, con esta solución, también se avanzaría en el desarrollo de los derechos de autogobierno de los grupos culturales minoritarios mediante el reconocimiento de sistemas específicos de aplicación de su derecho, basados en la existencia de órganos y procedimientos específicos de resolución de conflictos o imponer las sanciones necesarias para mantener las estructuras y las prácticas culturales, sociales y religiosas propias del grupo.

El pluralismo jurídico se asienta sobre el reconocimiento de autoridad jurídica “propia” a tales prácticas y normas tradicionales. Estamos ante una cuestión compleja y de difícil tratamiento en un contexto que exige brevedad y un

tratamiento elemental. Sin embargo, tampoco podemos dejar de plantearnos algunas reflexiones críticas sobre esta cuestión en el marco del análisis de las transformaciones contemporáneas de las funciones y fines del derecho.

El problema de los límites y el control del respeto a los derechos individuales frente a los derechos colectivos es una de ellas. No es un problema menor.

#### Derechos individuales y colectivos

Baste como ejemplo señalar el hecho de que la voluntad de conciliar los sistemas punitivos tradicionales de los derechos indígenas puede dar lugar a una lógica perversa: muchas comunidades indígenas están sustituyendo la pena de azotes por la sanción económica consistente en la confiscación de campos o animales, mucho más grave desde el punto de vista de los valores colectivos indígenas y los intereses particulares de los miembros de estas colectividades que a veces ven reducidas las posibilidades de su dura supervivencia a la mitad. En otros casos, el reconocimiento tiene lugar dentro del sistema constitucional, si bien este reconocimiento de los derechos colectivos de los grupos culturales diferenciados puede dar lugar al desbordamiento del texto constitucional, dado que algunas de estas prácticas pudiera chocar o incluso violar algún derecho o principio constitucional.

En ocasiones, los grupos étnicos, religiosos, y otros buscan el reconocimiento de este derecho propio para “imponer restricciones internas” (Kymlicka, 1996) tendentes a preservar la identidad del grupo y su cohesión, aun sacrificando los derechos individuales de las personas pertenecientes al mismo.

#### Ejemplo

Es el caso de la imposición del abandono de la escuela antes de la edad mínima a los hijos de los Amish, para evitar que se sometan a ideas y valores que entran en conflicto con los del grupo religioso en cuestión y para reducir la probabilidad de que abandonen el grupo al llegar a su edad adulta. El Tribunal Supremo de los EE. UU. resolvió el conflicto planteado entre el derecho a la educación de los niños y niñas y el derecho a la religión reconociendo un alto grado de autodeterminación a los Amish, lo cual supuso una importante victoria del pluralismo cultural o, quizá mejor, religioso. Si bien, hay que subrayar que los Amish siempre plantearon la cuestión dentro de los términos prescritos por la Constitución de los EE. UU. (Minow, 1995).

El caso anterior ya genera dudas sobre el alcance del reconocimiento de la interculturalidad, pero las prácticas empleadas para imponer restricciones internas pueden llegar más allá.

#### Ejemplo

Pensemos, por ejemplo, en la mutilación genital femenina o en los matrimonios forzados de niñas concertados por los padres al amparo de costumbres tradicionales. En estos supuestos el reconocimiento del pluralismo suele verse limitado por el respeto a los derechos humanos reconocidos internacionalmente o en las respectivas constituciones. Estaríamos ante una restricción del pluralismo cultural sin que ello suponga su completa anulación, dado que la interdicción de ciertas prácticas con la finalidad de proteger determinados derechos individuales no supone la prohibición generalizada de todas las restricciones internas, ni mucho menos las protecciones externas que una política multicultural pluralista suele conllevar.

## 5. Globalización y derecho

### 5.1. Globalización o globalizaciones

El fenómeno de la globalización se ha convertido en uno de estos tópicos centrales en los discursos actuales de las ciencias sociales. De globalización se habla por doquier, si bien todavía no se ha conceptualizado con precisión este fenómeno. Su gran complejidad se sacrifica con mucha frecuencia desde aproximaciones unilaterales, tendentes a acentuar su dimensión económica y, en menor medida, su vertiente cultural. En realidad, la globalización implica una gran diversidad de procesos y de ámbitos que van más allá de la pura transnacionalización de los mercados y el desarrollo de una cultura global etnocéntrica asentada en las posibilidades de los nuevos medios técnicos de comunicación y que por supuesto afecta a la estructura y las dinámicas jurídicas (Santos, 1998; Gessner y Budak, 1998; Twining, 2003; Teubner, 2002). El término *globalización*, según lo anterior, se refiere a procesos muy diferentes tanto desde un punto de vista conceptual como práctico. En otro orden de cosas, tampoco se puede ignorar que tras los procesos de globalización en los que estamos inmersos laten relaciones de poder y dominación esenciales para entender este fenómeno y que dependiendo de cómo estemos situados en el contexto de esas relaciones de poder la perspectiva sobre este fenómeno cambiara significativamente.

Desde el punto de vista reseñado, si se atienden a las relaciones de poder sobre las que se asienta el concreto desarrollo del orden global, mientras que para algunos países globalización significa incorporar nuevos modelos económicos sociales y culturales, para otros globalización significa reafirmar y exportar sus propios modelos económicos, sociales, políticos y culturales. Por eso, se ha sugerido la oportunidad de distinguir entre fenómenos de **localismoglobalizado** y otros de **globalismo** (Santos, 1998). Los primeros son resultantes de la proyección global de modelos globales que se imponen mundialmente: la apertura de mercados internacionales por parte de las compañías transnacionales, la conversión del inglés en lengua franca, etc. De otro lado, puede hablarse de **globalismolocalizado** en aquellos supuestos en los que las condiciones económicas, sociales y culturales son desestructuradas y reestructuradas para responder a imperativos transnacionales, lo cual puede suponer: crear espacios de libre comercio, *desregulación*, deforestación y destrucción de recursos naturales, etc.

En otro orden de cosas, si se presta atención a las relaciones de poder, también se aprecia claramente como la globalización opera en diferentes vías. Existe un proceso de **globalización desde arriba** en el que confluyen los esfuerzos de algunos Estados y los nuevos macro-agentes económicos privados situados en

una posición dominante en el contexto de la economía mundial. Frente a este proceso, también encontramos una **globalización desde abajo** impulsada por movimientos sociales y ONG que propugnan el desarrollo una nueva sociedad civil global construida desde la renovación del compromiso con los derechos humanos y, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales. Ni que decir tiene que estaríamos asistiendo a una globalización depredadora y desde arriba (Falk, 2002).

Ahora bien, hechas estas precisiones, conviene resaltar que la mundialización, en principio, no es ni buena ni mala. O mejor dicho, puede tener consecuencias positivas o negativas, dependiendo de los intereses que se contemplen y las vías a partir de las que se promueva. Sin embargo, actualmente, la globalización parece asentarse sobre procesos que tienden más a favorecer la apertura de mercados y a establecer condiciones de privilegio para las grandes transnacionales y los intereses de ciertos Estados que a promover los intereses y los derechos de los pueblos y las personas. En este sentido, es evidente que se ha progresado bastante más en la promoción de normas, estándares, políticas e instituciones destinadas a abrir los espacios nacionales al comercio mundial, a la movilidad de capitales y a la información que en evitar las consecuencias de una globalización perversa: concentración creciente del poder económico tanto en el plano internacional como estatal, aumento de las desigualdades entre los Estados y dentro de los Estados, disminución de la capacidad de los Estados para controlar sus opciones de desarrollo económico y político, flexibilización y precarización del mercado de trabajo, etc.

Descendiendo un peldaño hacia niveles de mayor concreción, esta perspectiva también puede servirnos para tomar nota de algunas tendencias relevantes en la articulación jurídica del flamante orden global. En este sentido, tanto los procesos de globalización como el pluralismo jurídico tienen consecuencias radicales en la articulación de las funciones y los fines del derecho, dado que en gran medida la consolidación de estos proyectos afecta o precisa de importantes cambios jurídicos. Cambios de tal magnitud que llegan a cuestionar incluso la centralidad política y cultural de los Estados nacionales, sobre los que se asentaban los fundamentos del modelo jurídico tradicional.

## 5.2. El impacto jurídico de los procesos de globalización

La consecuencia inmediata de los procesos de globalización desenvueltos en las dos últimas décadas del siglo XX ha consistido en el debilitamiento y la pérdida de influencia de los Estados en ámbitos muy importantes de la vida social y económica. Las estrategias de abrir los mercados y aumentar la influencia de los mercados financieros internacionales y de las compañías transnacionales en las políticas nacionales han conducido al repliegue de los Estados. Esto no sólo ocurre en los países más pobres de la periferia del sistema, donde las consecuencias de esta tendencia se ponen de manifiesto con mayor dramatismo. También en los países desarrollados es palmario el retroceso del Estado, comenzando por la disminución de sus presupuestos, la privatización

de funciones consideradas hasta hace poco como de exclusiva competencia del Estado, la *desregulación* de un amplio capítulo de actividades e importantes ámbitos jurídicos con el fin de abrir espacios adaptados a los procesos de globalización económica y a incrementar el protagonismo de los nuevos agentes transnacionales.

Los procesos de privatización y *desregulación* sobre los que se asientan las aperturas de los espacios internos al capital multinacional se han centrado especialmente en la *desregulación* pura y dura de ciertos ámbitos de las relaciones económicas y sociales –mercados, sectores productivos, la contratación laboral, etc.– y la “regulación social” especialmente onerosa en términos productivos y, en particular la regulación medioambiental, para liberarlos de ataduras jurídicas y hacer posible la competencia y el establecimiento negociado de reglas desde posiciones de poder. Estos procesos no sólo traen como consecuencia una auténtica crisis de efectividad del derecho en relación con los agentes económicos transnacionales, sino que como secuela se generaliza dando lugar a una crisis de eficacia del modelo jurídico actual.

Alternativamente, también han surgido algunos fenómenos nuevos de gran transcendencia y de un indudable interés desde el punto de vista de la evolución del derecho. De entrada, los procesos reseñados han provocado una demanda generalizada de reforzamiento de las estructuras de gobernabilidad internacional. Incluso se oyen voces reivindicando un orden cosmopolita como la única opción posible para garantizar los derechos humanos y la democracia, poniendo bajo control las actuaciones de los agentes transnacionales. No se trata de una pura reivindicación utópica, más bien suelen partir de propuestas tendentes a reforzar las instituciones ya existentes a nivel regional –Unión Europea, Mercosur, etc.– o internacional: la organización de Naciones Unidas, principalmente. Para ello, se promueve el desarrollo de las mismas o se propone la reorientación de sus prácticas. En este último sentido es un clamor la demanda de que instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional reorienten sus políticas no sólo para desarrollar estructuras capaces de asegurar la gobernabilidad económica mundial, una necesidad urgente a la vista del impacto global de las últimas crisis económicas, sino para que de una vez contribuyan no sólo retóricamente al desarrollo del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Por otro lado, han surgido espacios jurídicos globales en sentido propio, derivados de la misma transnacionalización del campo jurídico. Uno de los más significativos, surgido como una ley propia del capital global, es la *Lex mercatoria* (Santos, 1998; Teubner, 1997, 2002; Garrido, 2010). Este viejo instrumento medieval, resurge como consecuencia de las prácticas tendentes a evitar las leyes nacionales, a las formas tradicionales de resolución de los conflictos de leyes nacionales e incluso al derecho internacional público. Se parte de la consideración de los contratos transnacionales como autorregulativos y se hace descansar la resolución de los posibles conflictos en sus propias provisiones y fórmulas generales, una especie de derecho consuetudinario efímero.

Se ha dicho que la nueva *Lex mercatoria* es apolítica e informal, con un fundamento de reconocimiento y validación, puramente contractual. Ahora bien, lo cierto es que, por una parte, esta ley se origina en la repetición rutinaria de formulas diseñadas por los abogados de las compañías transnacionales y las instituciones financieras del nuevo orden global; y, por otra, su informalismo permite modular su grado de exigencia y operatividad según las relaciones de poder que envuelven la transacción. La rigidez o flexibilidad en la aplicación de la *Lex mercatoria* suele depender de la distribución del poder entre sus socios (Santos, 1998; 2009).

En otro orden de cosas, la *desregulación* y *desjudicialización* de los ordenamientos locales abren importantes espacios de “informalidad” en la resolución de los conflictos que afectan a los agentes transnacionales. En particular, la globalización ha dado un particular empuje a la creación de espacios informales de resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación y otros (Calvo, 2000; Garrido, 2010). Los grupos transnacionales tienden a potenciar este tipo de ámbitos para hurtarse al fuero de los tribunales estatales y fomentar prácticas negociadas de resolución de conflictos, mucho más favorables a sus posiciones de poder. Se trata de espacios que todavía no han sido delimitados de modo definitivo, pero que en cualquier caso están ahí y suponen un cambio importante en la evolución del derecho al romper con el monopolio estatal de los mecanismos de resolución de conflictos, característico de las funciones asignadas al derecho según la ideología liberal.

Este es un asunto en el que hemos ido reparando en todos los temas anteriores por lo que quizá merezca una reflexión ulterior en estos materiales. En realidad la desformalización de los procedimientos de resolución de conflictos emerge con fuerza no sólo en el ámbito de los procesos de globalización. También trae causa como vimos de la materialización y expansión regulativa y, en particular, de los fenómenos de pluralismo jurídico. Las transformaciones del derecho estarían dando una vuelta más de tuerca en la tendencia hacia la *desjudicialización* de los sistemas jurídicos contemporáneos mediante la promoción de espacios “informales” –mediación, negociación, etc.– que se legitiman a veces apelando a la crisis de rendimiento y otras a la crisis de funcionalidad de la Justicia frente a las nuevas realidades socio-jurídicas.



## 6. Resolución de conflictos

Como se ha visto más arriba, en el apartado “Viejas y nuevas funciones sociales del derecho”, una de las principales funciones del derecho desde la perspectiva tradicional estaba relacionada con la resolución de disputas y el aseguramiento de expectativas. En realidad, puede decirse que se trata de una de las funciones sociales directas del derecho que más peso ha tenido tradicionalmente e, incluso, puede decirse que esta función aparece vinculada ya al derecho desde sus orígenes más remotos. Habría sido, precisamente, la capacidad de monopolizar el uso de la fuerza bloqueando las situaciones de venganza o las reacciones personales lo que habría permitido el salto civilizatorio que ha hecho posible el surgimiento de los sistemas jurídicos modernos.

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos proporcionan recursos para la resolución de disputas. No existe un único procedimiento jurídico para la resolución de conflictos, así en los sistemas jurídicos contemporáneos se han desarrollado sistemas como las defensorías del pueblo, actos de conciliación y otros; pero el recurso por excelencia para la resolución de disputas en el ámbito jurídico es la adjudicación o resolución judicial. Las personas acuden a la Administración de justicia buscando zanjar sus disputas y el respaldo coercitivo de los aparatos de estado para hacer efectiva la resolución judicial que ponga fin al litigio. Cuando se toma la decisión de acudir a los tribunales se hace porque se tiene un “derecho” y se espera encontrar una satisfacción coercitiva. Para ello, mediante una demanda se entabla un litigio, en el que con base en un procedimiento altamente formalizado, que por lo general requiere asesoramiento y la representación jurídica pertinente, una tercera persona o un tribunal imparcial decidirán con arreglo a lo dispuesto en las normas del sistema jurídico de las partes sobre los derechos en juego. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento contradictorio al que pone fin una decisión judicial basada en las normas pre-existentes del sistema jurídico. En definitiva, el Estado contemporáneo facilita normas y medios judiciales coercitivos para resolver las disputas entre partes privadas o de la propia sociedad con los demás, mientras que han entrado en conflicto con las normas que aseguran el orden social evitando la venganza privada.

Sin embargo, en la actualidad están en auge los llamados “medios alternativos de resolución de conflictos” (MARC). Estos procedimientos, en principio extrajudiciales, aunque pueden tener formas híbridas, como el arbitraje, la negociación o la mediación entraron con fuerza en el panorama de la resolución de conflictos a partir de los años sesenta. Estos métodos han experimentado un aumento progresivo y empiezan a tener gran aceptación como métodos que en principio eran considerados como “alternativos” y hoy en día se consideran “adecuados”: métodos adecuados de resolución de conflictos (MARC). Las razones son diversas: bajo coste, rapidez, auténtica solución del conflicto, etc.

<sup>(9)</sup>Desregulación, pluralismo jurídico, globalización, etc.

En realidad, como se ha visto en los apartados anteriores, quizá, las razones de este auge son más profundas y entroncarían con una tendencia generalizada hacia la *desjudicialización* y el auge del “informalismo” que podría vincularse por una parte con la evolución<sup>9</sup> del derecho y con las crisis perennes de la Administración de Justicia: crisis de rendimiento y crisis de imagen, a las que se sumaría en la actualidad una crisis de funcionalidad de la Justicia.

Frente a la adjudicación judicial –el recurso previsto para la resolución de disputas según las funciones del método jurídico tradicional–, habrían surgido otros muchos entre los que cabe destacar el arbitraje, la negociación o la mediación. En lo que sigue vamos a reseñar comparativamente las principales características de estos procedimientos, que por otro lado pueden verse resumidas en el **cuadro IV.2**. Esto supone obviamente dejar muchos otros métodos en el tintero. La conciliación, las defensorías del pueblo o de los consumidores, la mediación intercultural (Agustí-Panareda, 2006; Rodríguez Moya y otros, 2009), la mediación-reparación o la justicia reparadora (Braithwaite, 2002, Tamarit, 2004; Varona, 1998; Cruz, 2005) en el ámbito del derecho penal –especialmente, en lo que atañe a la responsabilidad de los menores– y otros medios de resolución de conflictos que tienen una gran importancia en la actualidad; pero nos vamos a ceñir a los antedichos como los métodos más relevantes y, por otro lado, con una gran valor propedéutico para aproximarse al estudio de otros procedimientos.

Cuadro IV.2 Procedimientos de resolución de conflictos

Características	Adjudicación	Arbitraje	Mediación	Negociación
<b>Voluntariedad</b>	<b>Involuntario</b>	<b>Voluntario</b>	<b>Voluntario</b>	<b>Voluntario</b>
<b>Vinculatoriedad</b>	Vinculante. En su caso, sujeto a la posibilidad de recursos	Vinculante, sujeto a revisión limitada	El acuerdo da lugar a obligaciones de carácter contractual Tercero encargado de facilitar el acuerdo (mediador) designado por las partes.	El acuerdo da lugar a obligaciones de carácter contractual
<b>Terceras</b>	Impuesto. Agente decisor neutral. Formación jurídica, pero sin conocimientos materiales sobre el objeto de la discusión	Tercero con capacidad de decisión (árbitro) seleccionado por las partes. Suele tener conocimientos especializados sobre el tema objeto de controversia	Tercero encargado de facilitar el acuerdo (mediador) designado por las partes. Suele tener conocimientos especializados sobre el tema objeto de controversia	Sin intervención de terceros
<b>Grado del</b>	Formalizado y altamente estructurado por reglas predeterminadas y vinculantes	Formalización: nivel intermedio. Las reglas de procedimiento y la base normativa es acordada por las partes	Poco formalizado, procedimiento no estructurado	Poco formalizado, procedimiento no estructurado
<b>Naturaleza del</b>	Regido por los principios de contradicción y defensa: oportunidad para las partes de presentar pruebas y argumentos	Regido por los principios de contradicción y defensa: oportunidad para las partes de presentar pruebas y argumentos	Libertad para presentar argumentos, delimitar los intereses en conflicto y acreditar las cuestiones en discusión	Libertad para presentar argumentos, delimitar los intereses en conflicto y acreditar las cuestiones en discusión

Características	Adjudicación	Arbitraje	Mediación	Negociación
<b>Resolución</b>	Decisión formalizada y justificada. Basada en normas que la predeterminan y argumentos técnicos	En ocasiones, decisión formalizada y justificada. En otros casos, solución sin motivar (compromiso)	Acuerdo mutuamente asumido	Acuerdo mutuamente asumido
<b>Privado/público</b>	Público	Privado, salvo que se establezca posibilidad de revisión judicial	Privado	Privado

Fuente: adaptado de Goldber, Green y Sander (1985)

La **adjudicación judicial**, como se ha dicho, es el procedimiento que articulan los ordenamientos jurídicos contemporáneos para la resolución de disputas y el aseguramiento de expectativas. El derecho facilita la estructura judicial y los procedimientos para la resolución de las disputas que puedan surgir en la convivencia social y en las relaciones jurídicas. Esta función se realiza desde la apoyatura de los mecanismos coercitivos controlados por el Estado. Como consecuencia, puede decirse que esos procedimientos son coercitivos, por los que no cabe hablar de voluntariedad de las partes; que dan lugar a decisiones vinculantes aunque, en su caso, pueden estar abiertas a la posibilidad de recursos ante instancias de revisión o de alzada. En el marco de las funciones tradicionales del derecho el agente decisor tenía que ser neutral para salvar la racionalidad formal del sistema. Las personas al servicio de la Administración de justicia tienen que ser independientes y predeterminadas por la ley. Lo único importante es que conozcan el derecho, ya que tienen que someterse a las normas jurídicas, y actúen con imparcialidad para garantizar la igualdad formal de las partes. Este planteamiento no encajaba con las perspectivas sobre el derecho de la ideología jurídica liberal, pero en la actualidad, con un derecho materializado, llama la atención que carezcan de conocimientos materiales sobre los temas en torno a los que deciden.

Obviamente, lo anterior tendría relación sobre todo con los ámbitos propios del derecho regulativo y menos con las disciplinas jurídicas clásicas, como el derecho penal. Por lo demás, el modo de garantizar la imparcialidad y la neutralidad de la decisión se ha vinculado a procedimientos formales, altamente estructurados por reglas predeterminadas vinculantes. Con la misma finalidad, se trata de un procedimiento regido por los principios de contradicción y defensa, lo cual supone que las partes tendrán una oportunidad equivalente para presentar pruebas en defensa de sus derechos y argumentos para defenderlos. Como colofón, la decisión judicial es una decisión formalizada y justificada, motivada se dice en el discurso de los juristas. Esta decisión judicial, en un contexto de legitimidad legal, tiene que estar basada en normas que la predeterminan y argumentos técnicos que constituyen los motivos que la justifican.

El **arbitraje** (Quintana y Bonet, 1997; Olivencia, 2006) es el más próximo a la adjudicación y el que menos recelos despierta entre los juristas tradicionales, no siendo infrecuente que aparezca en los programas del grado de Derecho y en el catálogo investigador de los juristas académicos. En realidad, el arbitraje

#### Ved también

Para más información sobre el modelo tradicional de la adjudicación judicial consultad el apartado “Las funciones sociales del derecho según el modelo jurídico liberal” de este módulo.

#### Ved también

Para más información sobre el proceso de “materialización” del derecho, consultad los apartados “Transformaciones jurídicas y nuevas funciones del derecho” y “Derecho regulativo” de este módulo.

tiene un cierto aire de familia con la adjudicación judicial y tiene ya una larga tradición en la resolución de conflictos internacionales, entre empresas, laborales, etc. En la actualidad, el arbitraje ha ido cobrando una gran relevancia y ha sido potenciado como alternativa más rápida y barata que la justicia en materias como los conflictos de consumo y otros similares. Su desarrollo también se ha visto favorecido por las prácticas de las compañías transnacionales que, como vimos más arriba, prefieren eludir las jurisdicciones nacionales.

Al igual que en la adjudicación judicial, en el arbitraje existe una tercera persona con capacidad de decisión (árbitro) seleccionada por las partes, que va a producir una decisión vinculante, aunque eventualmente sometida a procedimientos de revisión limitada. La persona que asume las responsabilidades arbitrales puede tener conocimientos jurídicos o no, dependiendo de los asuntos; pero por regla general suele tener conocimientos especializados sobre el tema objeto de controversia. Por lo demás, el arbitraje en asuntos de una cierta enjundia suele tener un cierto nivel de formalización, si bien tanto el procedimiento como la base normativa pueden ser acordadas por las partes. En lo que si hay mayores coincidencias con la adjudicación judicial es en el hecho de que ese procedimiento también suele estar regido por los principios de contradicción y defensa, garantizando la oportunidad para las partes de presentar pruebas y argumentos. El laudo o resolución arbitral, en ocasiones, tendrá una apariencia altamente formalizada y habrá una justificación de la decisión adoptada; pero en muchas otras ocasiones, para asuntos menores, no será necesario motivar siendo suficiente una solución de compromiso.

La **negociación** (Fisher y Ertel, 2000; Martínez de Murguía, 1999; Moore, 2010) es un proceso de interacción entre las partes que puede tener diversas finalidades, pero que en lo que aquí nos interesa se utiliza para la resolución de conflictos. La negociación implica un proceso de comunicación directo entre las partes, aunque puede realizarse a través de medios muy diversos. Se trata, pues, de un procedimiento en el que no interviene un tercero y en que se tiene una gran libertad para diseñar estrategias, delimitar los intereses en conflicto, acreditar las cuestiones controvertidas y presentar argumentos de todo tipo para la defensa de los objetivos e intereses en disputa. En definitiva, es un proceso de interacción poco formalizado, en el que pueden existir técnicas y pericias adquiridas para llevar la negociación a buen puerto; pero del que no se puede decir que sea un procedimiento estructurado. Si el proceso de negociación tiene resultados positivos se alcanza un acuerdo que, en principio, tiene un valor privado. Este acuerdo mutuamente asumido tiene el peso propio de la conciliación de intereses y, a veces, se asienta sobre la solución del conflicto, con lo cual las posibilidades de cumplimiento suelen ser altas; pero no es jurídicamente ejecutable de un modo directo. Por eso, de no cumplirse voluntariamente, la única opción que restaría sería la de instar una decisión judicial para hacerlo efectivo. De ahí que sea muy importante documentar muy bien el acuerdo y dejar atados todos los aspectos necesarios para su ejecución.

A veces se tiende a pensar que la negociación es un procedimiento al margen del derecho. Ciertamente, puede serlo y de hecho nos pasamos la vida negociando; pero también tiene relevancia en el ámbito jurídico. Primero porque la negociación cada vez tiene más espacios en el ámbito jurídico, incluido el ámbito penal, donde siempre se ha negociado; pero donde hoy en día hay incluso sentencias de conformidad resultado de la negociación entre la fiscalía y las abogadas y abogados defensores. También es frecuente que las abogadas y abogados asesores directamente o participando en equipos negociadores a una de las partes, con el fin de lograr los resultados más favorables para sus intereses.

La **mediación** (Menkel-Meadow y otros, 2006; Moore, 1995, 2010; Martínez de Murguía, 1999) en realidad es una negociación asistida. La gran diferencia es que en la mediación participa una tercera persona encargada de facilitar el acuerdo. Esta tercera persona es designada por las partes, que la eligen libremente y de mutuo acuerdo. Ello dará origen a una relación de tipo contractual entre las partes y la persona mediadora que obligará a las partes a aceptar las reglas de la mediación y a abonar unos honorarios y a la persona que realiza la mediación a realizar responsablemente las tareas asumidas y comportarse de acuerdo con un código ético en el que destaca la obligación de neutralidad e imparcialidad. Las personas mediadoras pueden ser o no ser juristas; pero es importante que tengan conocimientos especializados sobre el tema objeto de la controversia y tengan las competencias necesarias para conducir adecuadamente el proceso de negociación entre las partes.

La persona mediadora no adopta ninguna resolución. La mediación es un proceso en el que negocian las partes. La persona mediadora lo que hace es facilitar y encauzar la negociación a partir de sus conocimientos y experiencias. Pero el acuerdo debe darse directamente entre las partes y ser asumido mutuamente por ellas. Es por ello por lo que decíamos que la mediación no es sino una forma de negociación asistida, razón por la cual las cautelas expresadas en relación con el acuerdo en los procesos de negociación pueden darse por reproducidas aquí.

La mediación ha sido vista como la panacea para descongestionar la Administración de justicia y abaratar la resolución de conflictos, amén de contemplarse como un medio más adecuado para resolver cierto tipo de disputas en las que existe una gran carga emocional como las relacionadas con separaciones y divorcios, el cuidado de los hijos, etc. De hecho, empieza a ser frecuente que en algunas materias se imponga legalmente la mediación o se abran espacios importantes para la misma.

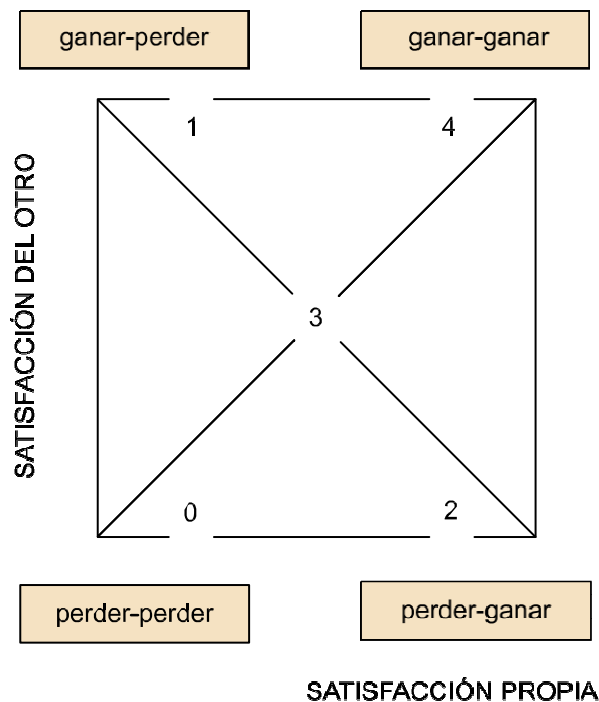
## Ejemplos

Así, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, impulsa la mediación sobre ciertos aspectos en asuntos civiles y mercantiles. La Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado amplió los supuestos de mediación familiar, introdujo la mediación civil para gestionar conflictos surgidos de la convivencia ciudadana y social y otros conflictos de carácter privado en los cuales las partes deban mantener relaciones en el futuro. Por su parte, la Ley 25/2010, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, también potencia la mediación como forma de resolución de conflictos en el ámbito familiar. Igualmente, en muchas otras comunidades autónomas se está potenciando la mediación familiar, como puede verse por ejemplo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

Como se ha ido apuntando, los llamados medios “alternativos” o “adecuados” de resolución de conflictos se van imponiendo poco a poco. Estos medios tendrían en realidad ventajas e inconvenientes. Se ha insistido mucho en su funcionalidad y en la reducción de tiempo y de costes, lo cual es indiscutible. Con todo, también tendrán inconvenientes, como los relacionados con el cumplimiento del acuerdo o la resolución. Los procedimientos judiciales están respaldados por el poder coercitivo del Estado y una vez que son definitivos y firmes no se puede eludir su ejecución. Ello hace que la seguridad de las expectativas una vez alcanzada la decisión sea óptima. Otra cosa muy diferente es la seguridad de las expectativas “antes”. Según Toharia (1987), la opinión pública española considera que la justicia en nuestro país es errática e impredecible. Por eso, quizá, lo de “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”.

Por nuestra parte, más allá del ahorro en términos de tiempo y coste, queremos destacar aspectos como la funcionalidad de técnicas como la mediación para asuntos relacionados con temas de familia o el giro que introduce la negociación en la resolución de conflictos al enseñarnos a buscar la solución al conflicto no a partir de posiciones o derechos, sino en la satisfacción de intereses y/o necesidades. Encarar el conflicto desde posiciones o derechos es lo característico de la adjudicación judicial y tiene como consecuencia que una de las partes gana y la otra pierde, con lo cual no se puede hablar de solución del conflicto. La vía judicial en realidad no soluciona el conflicto, sólo lo zanja superficial y temporalmente. El conflicto seguirá vivo de modo latente y puede volver a aflorar con facilidad. Por eso se insiste sobre todo en la versatilidad de procedimientos como la mediación en relación con las rupturas familiares, ya que si hay hijos la relación entre las partes se prolongará y un conflicto mal resuelto puede volver a aflorar fácilmente. Por el contrario, la negociación y la mediación han permitido desarrollar estrategias basadas en un modelo gana-gana, que sí pueden contribuir a solucionar el conflicto. Para ello, se dice, hay que superar estrategias basadas en las posiciones o derecho, que llevan a formas de encarar el conflicto basadas en el planteamiento de que “para ganar yo la otra parte tiene que perder”. Afrontar el conflicto a partir de los intereses y necesidades en juego puede hacer posible que las dos partes ganen, lo cual abre la posibilidad de estrategias de satisfacción no-suma-cero o gana-gana.

Gráfico 1. Formas de encarar el conflicto: satisfacción suma-cero frente a satisfacción no suma-cero



En relación con lo anterior, una historia a la que se recurre con frecuencia para ilustrar las bondades de los métodos alternativos hace referencia a una hipotética disputa de dos cocineros sobre una naranja, las posibilidades de afrontar la resolución de ese conflicto son diversas.

Los medios alternativos de resolución de disputas se van imponiendo poco a poco y, como se desprende de lo apuntado hasta ahora, tienen muchas virtudes. Con todo, para finalizar este rápido repaso a los mismos, quizá merece la pena subrayar que no representan la panacea universal. Tras su auge, a partir de los años setenta, no son pocas las voces que han matizado sus virtudes (Abel, 1982). En particular, queremos destacar aquellas que han llamado la atención sobre los problemas derivados de los desequilibrios de poder en los procesos de negociación (Cobb y Rifkin, 1991; Grillo 1991). Si, como decíamos, la mediación familiar es uno de los campos donde mayor funcionalidad tienen estos medios, quizá no esté de más plantearse que los desequilibrios de poder deben ser tomados muy en cuenta. Y que incluso pueden representar un obstáculo insalvable de cara al proceso de mediación, por lo que si se actúa de acuerdo con un código ético básico este aspecto deberá ser evaluado con carácter previo por parte de la persona mediadora.

**Ejemplo**

Un juez o una juez tradicional seleccionarían una oscura motivación para dar la naranja a uno de ellos. Un árbitro la dividiría en dos mitades y daría una mitad a cada uno. La persona mediadora preguntaría a cada uno de los cocineros que es lo que desean en realidad –para descubrir que uno de ellos quería la piel para hacer repostería y el otro la pulpa para hacer zumo–. El resultado alcanzado con la mediación optimizaría la satisfacción de intereses para las dos partes. Así, con la ayuda de la mediación los cocineros habrían visto de modo conjunto el conflicto desde la perspectiva de sus respectivos intereses en lugar de quedarse en una disputa sobre derechos y posiciones.

## Resumen

Asumiendo como punto de partida el enfoque de la teoría socio-jurídica del derecho se han revisado algunos de los temas de mayor relevancia relacionados con las transformaciones del derecho en nuestras sociedades. Con esta finalidad, se han identificado los elementos característicos de las nuevas funciones del derecho que emergen de los cambios jurídicos producidos en las últimas décadas y se han contrapuesto con las funciones tradicionales del modelo jurídico liberal, dominante todavía en el panorama de las ciencias jurídicas.

Tomando pie en esas transformaciones, se ha profundizado, en primer lugar, en torno a la estructura y las dinámicas del derecho regulativo. Un derecho orientado a la intervención en los espacios económicos y sociales para corregir desequilibrios; hacer frente a los “riesgos sociales”; y en general, para la realización de fines, valores e intereses sociales. Este uso del derecho materializado y orientado a fines desborda ampliamente los moldes de las funciones tradicionales del mismo, por lo que el ordenamiento jurídico se ha visto obligado a experimentar con nuevas formas de regulación legal y realización del mismo. Lo cual ha repercutido en la estructura y las dinámicas del mismo: materialización valorativa y técnica de los contenidos; apertura de espacios importantes de discrecionalidad; incidencia de intereses y criterios de oportunidad (emergencias, alarmas sociales, coyunturas políticas, exigencias profesionales, etc.); en la implementación; evaluación de su eficacia en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos; etc.

El derecho regulativo ha sido estudiado sobre todo en relación con la economía y el derecho del estado de bienestar. Sin embargo, en la actualidad existe una tendencia creciente a la gestión de riesgos para la seguridad a partir del derecho regulativo, esto es, con fines de control e integración social. Por esta razón, hemos abordado específicamente la incidencia del derecho regulativo en las políticas criminales y sociales con fines de control social, utilizando el derecho preventivamente y como medio de integración. Tomando como ejemplos, la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que despenaliza ciertos ámbitos del control social para “administrativizarlos” y flexibilizarlos, y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, donde las técnicas del derecho regulativo invaden directamente la normativa penal, se ha visto como o bien se “administrativizan” espacios del control penal para hacerlos operativos mediante dinámicas más flexibles o bien se desarrollan otras facetas en la gestión jurídica de los riesgos con la introducción de medidas cautelares y otros mecanismos de intervención preventiva de índole penal o procesal penal.



Otros dos de los temas que han concitado una atención especial en este módulo son los del pluralismo jurídico y la globalización. Lo cual trae causa del hecho de que, en las últimas décadas, el ámbito jurídico ha afrontado nuevas e importantes transformaciones. Por una parte, la llamada globalización ha repercutido de forma significativa en la estructura y en las dinámicas jurídicas; y, por otro lado, paradójicamente, este fenómeno globalizador no ha restado relevancia –sino todo lo contrario– al proceso de particularización derivado de las demandas de reconocimiento de grupos nacionales y étnicos que impulsa ámbitos cada vez más amplios de pluralismo jurídico. En ambos casos estamos ante realidades pujantes en el panorama socio-jurídico por lo que su consideración aporta perspectivas muy valiosas para la comprensión de los fenómenos jurídicos en la actualidad. Todo ello, sin obviar la reflexión crítica que tanto el pluralismo cultural y jurídico como, sobre todo, los procesos actuales de globalización pueden concitar.

Para finalizar, se han abordado las nuevas técnicas de resolución de conflictos que se han desarrollado junto a los procedimientos jurídicos tradicionales previstos para hacer frente a las disputas y asegurar las expectativas jurídicas. También aquí se ha podido comprobar cómo las funciones tradicionales del derecho están dejando paso a un cierto “informalismo” y a nuevas técnicas –alternativas– de resolución de conflictos, que han ganado cada vez mayores espacios en la resolución de disputas. Por ello, hemos revisado técnicas como la negociación, la mediación o el arbitraje y las hemos comparado con la adjudicación judicial para evaluar sus ventajas e inconvenientes. Lo cual nos ha llevado concluir que en muchos casos son procedimientos más funcionales y operativos que la adjudicación judicial, pero que no debe perderse de vista que también presentan algunas carencias y flancos abiertos a la crítica.



## Actividades

1. A la luz de los temas estudiados, creéis que cabe una teoría sociológica del derecho. ¿Qué puede aportar esta perspectiva a disciplinas como la sociología, las ciencias jurídicas o la criminología?
2. A veces se plantea como un peligro la materialización del derecho regulativo y la consiguiente incorporación de otros expertos no juristas en la implementación de este derecho. Sin embargo, puede que no carezca de sentido que en el desarrollo y evaluación de las decisiones públicas que afectan a los menores y a sus familias la presencia de expertos en estos temas proporcionen garantías terapéuticas y científicas al quehacer de las instancias administrativas de protección de menores. ¿Qué opináis al respecto? ¿Qué problemas puede plantear?
3. ¿Qué opináis sobre la penetración del derecho regulativo en ámbitos de control penal? ¿Está justificada? ¿Qué problemas puede plantear?
4. El pluralismo jurídico implica un reconocimiento de la pluralidad cultural y los derechos de los grupos culturalmente diferenciados que puede llegar a implicar la necesidad de aceptar que las reglas del grupo, cuando sean necesarias para su preservación, por ejemplo, pueden implicar restricciones internas que supongan limitaciones a los derechos de las personas pertenecientes al mismo. ¿Qué opináis al respecto? ¿Habría límites? En su caso, ¿cuáles serían esos límites?
5. ¿Qué opináis de la afirmación hecha en el apartado 5 de este módulo según la cual la mundialización, en principio, no es ni buena ni mala? ¿Estáis de acuerdo? ¿En qué sentido puede tener aspectos positivos la mundialización?
6. Ante una situación de claro desequilibrio de poder entre las partes, ¿qué problemas pueden plantear métodos de resolución de conflictos como la negociación o la mediación? ¿Qué razones habría para afirmar, desde una perspectiva feminista, que más allá de sus múltiples ventajas “la mediación puede ser un lobo disfrazado de oveja” (Grillo, 1991)?

## Bibliografía

- Abel, R. (ed.) (1982). *The Politics of Informal Justice*. (vol. 1 y 2). Nueva York: Academic Press.
- Agustí-Panareda, J. (2006). "Cross-cultural Brokering in the Legal, Institutional and Normative Domains: Intercultural Mediators Managing Immigration in Catalonia". *Social Legal Studies* (vol. 15, pág. 409-443).
- Añón, M.<sup>a</sup> J.; Calvo García, M.; Bergalli, R. y Casanovas, P. (eds.) (1998). *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Barona Vilari, S. (1999). *Solución extrajudicial de conflictos: "alternative dispute resolution" (ADR) y derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Benhabib, S. (ed.) (2008). *Another Cosmopolitanism*. OUP-The Berkeley Tanner Lectures.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2001). "La conciliación y la reparación en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la Justicia de Menores". *RDPCr* (núm. 8, págs. 263-294).
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la Teoría del derecho* (Traduc. A. Ruiz Miguel). Madrid: Debate.
- Bodelón, E.; Picontó, T. (coords.) (1998). *Transformaciones del Estado y del derecho contemporáneo. Nuevas perspectivas de la investigación socio-jurídica*. Madrid: Dykinson.
- Braithwaite, J. (2000). "The New Regulatory State and the Transformations of Criminology". En: Garland, David; Richard Sparks (eds.). *Criminology and Social Theory* (págs. 47-70). Oxford: Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Nueva York: Oxford University Press.
- Calvo García, M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- Calvo García, M. (1995). "Políticas de seguridad y transformaciones del derecho". En: Ignacio Muñagorri (ed.) *Seguridad Ciudadana* (págs. 95-134). Oñati: Oñati Proceedings.
- Calvo García, M. (1998). "Paradojas regulativas: Las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista". En: M.<sup>a</sup> J. Añón; R. Bergalli; M. Calvo; P. Casanovas (eds.). *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Calvo García, M. (1999). "Políticas de seguridad, discrecionalidad policial y garantías jurídicas". En: *Seguridad ciudadana y Derechos humanos* (págs. 153-194). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Calvo García, M. (2000). *Teoría del derecho* (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Tecnos.
- Calvo García, M. (ed.) (2002). *Identidades culturales y Derechos humanos*. Madrid: Dykinson (colección: Oñati: Derecho y Sociedad).
- Calvo García, M. (2005a). *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado.
- Calvo García, M. (2005b). "Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". En: *Cuadernos Penales José M<sup>a</sup> Lidón* (núm. 2, págs. 17-54).
- Calvo García, M. (2007). *Transformações do Estado e do Direito: Do direito regulativo à luta contra a violência de género*. Porto Alegre: Editora Dom Quixote.
- Calvo García, M. (2008). "Positivism jurídico y transformaciones del derecho". En: *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Teoría y metodología del Derecho* (vol. II, págs. 201-222). Madrid: Dykinson.
- Calvo García, M. (2010). "¿Cabe el Enfoque Socio-Jurídico en la Teoría del Derecho?". En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (núm. 44, págs. 371-394).

- Cane, P. y Herbert M. K. (eds.) (2011). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*: OUP.
- Cobb, S. y Janet, R. (1991). "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation". *Law & Social Inquiry* (vol. 1, núm. 16, págs. 35-62).
- Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la Sociología del derecho* (Traduc. Carlos Pérez Ruiz). Barcelona: Ariel.
- Cotterrell, R. (2003). *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to legal Philosophy* (2.ª ed.). Londres: LexisNexis-UK.
- Cotterrell, R. (2004). "Law in Social Theory and Social Theory in the Study of Law". En: Austin Sarat (ed.). *The Blackwell Companion to Law and Society* (págs. 15-29). Oxford: Blackwell Pub.
- Cruz Márquez, B. (2005). "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño". RECPC 07-14 (recurso electrónico, última visita, septiembre 2011)
- Davies, M. (2011). "Legal Pluralism". En: Peter Cane; Herbert M. Kritzer (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: OUP (págs. 805-827).
- Díez Ripollés, J. L. (2005). "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado". RECPC 07 (págs. 01.1-37) (recurso electrónico, última visita, septiembre 2011).
- Domínguez, J. L.; Rodríguez Lasanta, A. (2003). "Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal". En: *La seguridad en la sociedad del riesgo* (págs. 329-352). Barcelona: Atelier.
- Falk, R. (2002). *La Globalización depredadora. Una crítica*. Madrid: Siglo XXI.
- Feeley, M. M.; Simon, J. (1992). "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications". *Criminology* (vol. 4, núm. 30, págs. 449-474).
- Feeley, M. M.; Simon, J. (1994). "Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law". En: D. Nelken (ed.) *The Futures of Criminology* (págs. 173-201). Londres: Sage.
- Felstiner, B.; Richard, A.; Austin, S. (1981). "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming". En: *Law and Society Review* (núm. 15, pág. 401).
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrari, V. (1989). *Funciones del derecho*. Madrid: E. Debate.
- Fisher, R.; Ertel, D. (2000). *Obtenga el Sí en la práctica. Cómo negociar, paso a paso, ante cualquier situación*. Barcelona: E. Gestión.
- Galligan, D. J. (1992). *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon.
- Galligan, D. J. (2007). *Law in Modern Society*. Oxford: OUP-Clarendon Law Series.
- García Inda, A.; Betrán, R. (1998). "Políticas sociales y derecho". En: M.ª J. Añón; R. Bergalli; M. Calvo; P. Casanovas (eds.). *Derecho y sociedad* (págs. 131-156). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garrido, M.ª Isabel (2010). *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*. Pamplona: Thompson-Aranzadi.
- Gessner, V.; Budak, A. C. (eds.) (1998). "Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law". *Oñati International Series in Law and Society* (vol. 5). Aldershot: Dartmouth.
- Goldber, S. B.; Green, E. D.; Sander, F. E. A. (1985). *Dispute Resolution*. Boston: Little Brown and Co.
- Grillo, T. (1991). "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women". *Yale Law Journal* (núm. 100, vol. 6, págs. 1545-1610).

Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa* (Vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*) (Traduc. M. Jiménez Redondo). Madrid: Taurus.

Habermas, J. (1999). "Patriotismo constitucional". *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.

Hawkins, K. (2001). "The Use of Legal Discretion from Law and Social Science". En: Keith Hawkins (ed.). *The Uses of Discretion* (págs. 11-46). Oxford: Clarendon.

Hawkins, K. (2002). *Law as last resort: Prosecution decision-making in a Regulatory Agency*. Oxford: Oxford University Press.

Hawkins, K. (2003). "Order, rationality and silence: some reflections on criminal justice decision-making". En: L. Gelsthorpe; N. Padfield (eds.). *Exercising Discretion*. Portland: Willan P.

Held, D. (1997). *La democracia y el orden global* (Traduc. S. Mazzuca). Barcelona: Paidós.

Held, D.; McGrew, A. (2003). *Globalización/Antoglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona: Paidós.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

Lacey, N. (2006). "Analytical Jurisprudence *Versus* Descriptive Sociology Revisited". *Texas Law Review* (núm. 84, págs. 945-982).

López Calera, N. (1996). "Funciones del Derecho". En: E. Garzón; Fco. Laporta (eds.). *El derecho y la justicia* (págs. 457-466). Madrid: Trotta.

Lucas Martín, J. de (1995). "Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo y Conflictos de Derechos". En: R. Bergalli (ed.). *El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología jurídica en España. Oñati Proceedings* (núm. 19). Oñati: IISJ.

Lucas Martín, J. de (1998). "La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos". En: M.ª J. Añón; R. Bergalli; M. Calvo; P. Casasnovas (coords.). *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lucas Martín, J. de (2002). "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos". En: *La Multiculturalidad* (págs. 61-102). Madrid: CGPJ.

Lucas Martín, J. de (2006). *La integración de los inmigrantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Lucas Martín, J. de (ed.) (1999). *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Madrid: CGPJ.

Lucas Martín, J. de; Solanes, A. (eds.) (2009). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. Madrid: Dykinson.

Luhmann, Niklas (1986). "The Self-Reproduction of Law and its Limits". En: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State* (págs. 111-127). Berlín: Walter de Gruyter.

Luquin Bergareche, R. (2007). *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Madrid: Thomson-Civitas.

Martínez de Murguía, B. (1999). *Mediación y resolución conflictos. Una guía introductoria*. México: Paidós.

Menkel-Meadow, C. (2003). *Dispute processing and conflict resolution: Theory, practice and policy*. Burlington: Ashgate/Dartmouth.

Menkel-Meadow, C. y otros (2006). *Mediation: Practice, Policy and Ethics*. Nueva York: Aspen Pub.

Merry, Sally E. (2007). "Pluralismo Jurídico". En: *Pluralismo Jurídico* (págs. 87-142) (Traduc. y ed., Libardo Ariza y Daniel Bonilla). Bogotá: Siglo del Hombre.

Merry, S. I.; Griffiths, J.; Tamanaha, Brian Z. (2007). *Pluralismo Jurídico* (Traduc. y ed., Libardo Ariza y Daniel Bonilla). Bogotá: Siglo del Hombre.

Minow, M. (1995). "Rights and Cultural Difference". En: A. Sarat; Th. R. Kearns; Ann Arbor. *Identities, Politics and Rights* (págs. 347-365). Univ. Of Michigan Press.

- Moore, Ch. W. (1995). *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona - Buenos Aires: Granica.
- Moore, Ch. W.; Woodrow, P. J. (2010). *Handbook of Global and Multicultural Negotiation*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Nonet, Ph.; Selznick, P. (1978). *Law and Society in Transition*. Nueva York: Octagon.
- Offe, Claus (1988). "Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo". En: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales* (págs. 7-25). Madrid: Sistema.
- Olivencia Ruiz, M. (2006). *Arbitraje: una justicia alternativa*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Pedraz Penalva, E. (dir.) (1995). *Arbitraje, mediación, conciliación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Picontó Novales, T. (1996). *La protección de la infancia: Aspectos sociales y jurídicos*. Zaragoza: Egido Editorial.
- Picontó Novales, T. (2000). *En las fronteras del derecho. Análisis de casos y reflexiones generales*. Madrid: Dykinson.
- Pompeu Casanovasm, J. M.; Lauroba, M.<sup>a</sup>E. (dirs.) (2011). . Llibre blanc de la mediació a Catalunya. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Versiones en catalán y castellano, última visita, octubre 2011.
- Presman, J. F.; Wildavsky, A. (1973). *Implementation. How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*. Berkeley: Univ. of California Press.
- Quintana Carlo, I; Bonet Navarro, Á. (dirs.) (1997). *El sistema arbitral de consumo*. Aranzadi: Pamplona.
- Raz, J. (1985). "Las funciones del derecho". En: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (2.<sup>a</sup> ed.) (págs. 207-226). México: UNAM.
- Rodríguez Moya, A.; Galván, Souto, E. (coords.) (2009). *Inmigración y resolución de conflictos: La mediación intercultural*. Madrid: Dykinson.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998). *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación* (Traduc. C. Rodríguez). Bogotá: UNC/ILSA.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho* (intr. y rev. de la trad., Carlos Lema). Madrid-Bogotá: Trotta-Ilsa.
- Santos, Boaventura de Sousa; Rodríguez-Garavito, C. A. (coords.) (2005a). *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*. Nueva York: Cambridge.
- Schauer, F. (2005b). "The Social Construction of the Concept of Law: A Replay to Julie Dickson". *Oxford Journal of Legal Studies* (vol. 3, núm. 25, págs. 493-501).
- Soria, Miguel A.; Carlos Villagrasa, C.; Armadans, I. (coords.) (2008). *Mediación familiar: Conflictos, técnicas, métodos y recursos*. Barcelona: Bosch.
- Sparks, R. (2000). "Perspectives on Risk and Penal Politics". En: Tim Hope; Richard Sparks (eds.) *Crime, Risk and Insecurity. Law and Order in Everyday Life Political Discourse*. Londres: Routledge.
- Stavenhagen, R. (1995). "Los derechos de los indígenas. Algunos problemas conceptuales". *Isonomía* (núm. 3, págs. 109-128).
- Tamanaha, B. Z. (1997). *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamanaha, B. Z. (2001). *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: OUP-Oxford Socio-Legal Studies.
- Tamarit Sumalla, J. M.<sup>a</sup> (2002). "La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor". *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Tamarit Sumalla, J. M.<sup>a</sup> (2004). "La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales" (recurso electrónico, última visita, septiembre 2011).
- Tannen, D. (1999). *La cultura de la polémica. Del enfrentamiento al diálogo*. Barcelona: Paidós.
- Taylor, A. (1999). *The Handbook of Family Dispute Resolution: Mediation Theory and Practice*. Jossey Bass (The Jossey-Bass Library of Conflict Resolution).
- Taylor, Ch. (1994). *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Ed. e intrd., A. Gutmann). Pinceton. NJ: Princeton Univ. Press.
- Teubner, G. (1992). "Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold". *Soc. & Legal Studies* (núm. 1, págs. 451-475).
- Teubner, G. (1997). "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society". En: Gunther Teubner (ed.). *Global Law without a State* (págs. 3-28). Dartmouth: Brookfield.
- Teubner, G. (2000). "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno". En: Carlos Morales de Setién (ed.). *La Fuerza del derecho* (págs. 81-152). Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes.
- Teubner, G. (2002). "Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria". *European Journal of Social Theory* (vol. 5, págs. 199-217).
- Teubner, G.; Korth, P. (2010). "Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society". En: Margaret Young (ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentatio*. Oxford University Press. Disponible en SSRN (última visita, septiembre 2011).
- Toharia Cortés, J. J. (1987). "¡Pleitos tengas!...". *Introducción a la cultura legal española*. Madrid: Siglo Veintiuno de España.
- Twining, W. (2003). *Derecho y Globalización* (Traduc. O. Guardiola-Rivera y otros). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Twining, W. (2009). *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: University Press.
- Varona Martínez, G. (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- Weber, M.; Winckelmann, J. (ed.) (1979). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (Traduc. J. Medina y otros). México: FCE.