

Transformaciones del derecho y crisis de la justicia

I. ACOTACIONES PRELIMINARES¹

Como resulta evidente, una de las controversias de mayor relieve por las que atraviesa la justicia en países como Colombia, Italia o España tendría una dimensión “política”. En este sentido, sería posible hablar de una *crisis política* de la justicia. El protagonismo político de los jueces parece haber contribuido a realzar los problemas de legitimidad de sus decisiones y la importancia de las mismas. El poder judicial «ha pasado de ser una instancia esencialmente burocrática de proyección exclusivamente jurídico-formal a integrarse en un espacio notablemente más abierto en el que –por imperativos de legalidad– debe interactuar de forma políticamente relevante con agentes de otros poderes y, muy intensamente, con la opinión pública» (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1995, p. 4). En parte, este cambio tiene como fundamento la multiplicación de funciones e intervenciones que han ido recayendo sobre la justicia como consecuencia de la crisis del modelo jurídico liberal. Así, no es sólo el Estado en abstracto el que “interviene”, la magistratura, como se ha apuntado, «...interviene en sectores cada vez más amplios e importantes de la vida colectiva: medio ambiente, conflictos laborales, prestaciones de la máquina

burocrática, actuaciones de la administración pública...». Este aumento del protagonismo judicial se estaría traduciendo en un cierto “vedetismo” de los jueces, cuyas actuaciones disputan el primer plano de la actualidad audiovisual a los otros dos poderes del Estado (AUGER, 1995, p. 41).

Hasta aquí no parece que haya muchos motivos para la preocupación, ni espacios para la crisis. Sin embargo, cuando ese “protagonismo” confluye con la intervención de los jueces en el control de sonados escándalos políticos y financieros, en los que suelen encontrarse implicadas personalidades importantes de la política y de los negocios, la madeja se complica y permite diagnosticar (o, quizá mejor, “construir”) la situación de alarma que se genera en torno a temas como el del “activismo judicial” o la “invasión de espacios políticos ajenos”, al entender que con sus decisiones y la judicialización del debate político los jueces y magistrados se estarían inmiscuyendo en la arena política².

Al cuestionarse la intervención judicial se ha reabierto el debate sobre la legitimidad de las decisiones judiciales. Más allá de la crítica metodológica³, que por lo demás no afecta sólo a la decisión judicial, el protagonismo político de los jueces parece haber contribuido a realzar los problemas de

legitimidad de sus decisiones y la importancia de las mismas. Personalmente, creo que sería más correcto usar la noción de crisis “política” de la justicia para hacer referencia a las situaciones descritas y reservar el término legitimidad para los problemas de fundamentación y respeto de un marco específico de valores dentro de los cuales deben producirse las decisiones judiciales en un Estado de derecho⁴.

La crisis política y las crisis de legitimidad de la justicia encuentran un complemento estructural en lo que podríamos designar como crisis de “rendimiento” de la Justicia. Tanto en Colombia como en España, la justicia está afectada por una grave *crisis de rendimiento* en la que se concitan factores estructurales y coyunturales⁵. Inefectividad, ineficiencia e ineficacia serían las consecuencias de la misma. Fenómenos como el de la impunidad, de sobra conocido –y reconocido–, hacen evidente la *crisis de efectividad* de la justicia. Igualmente, podemos hablar de *crisis de eficiencia* para referirnos a la situación por la que atraviesan administraciones de justicia amplias, complejas y caras, pero cuyos resultados son en buena medida tardíos y escasos. Tanto desde un punto de vista general –el de los presupuestos del Estado– como desde una perspectiva particular –la de las economías privadas y las expectativas de los particulares que acceden a la justicia–, el recurso a los órganos judiciales supone un coste demasiado elevado para los fines u objetivos perseguidos y los resultados alcanzados. Por lo demás, las crisis de inefectividad e ineficiencia ya anticipan una *crisis de eficacia*, que se agiganta si atendemos a los grandes fines de una administración de justicia moderna: aseguramiento de la paz social, control y realización de los postulados del Estado de derecho, etc.

Desde hace años, la crisis de rendimiento de la justicia –que en muchos casos suele ir acompañada de una crisis de imagen⁶– puede considerarse perenne en algunos países –entre los que se encuentran Colombia y España–, como perennes acostumbran a ser los proyectos de reforma de la justicia (TOHARIA, 1995). En la actualidad, sin embargo, esta crisis de rendimiento y de imagen se solapa con lo que podríamos denominar *crisis de funcionalidad* o adecuación de las estructuras judiciales heredadas a las nuevas circunstancias que determinan la evolución de la sociedad y las propias transformaciones de las formas y dinámicas jurídicas. La incapacidad del modelo jurídico tradicional para dar respuesta a las demandas derivadas de ese cambio provocan un tipo de crisis menos llamativo, desconcertante, pero a veces más profundo –en tanto que estructural– que las crisis políticas y las crisis de rendimiento de la justicia.

Aunque a veces se vincula exclusivamente con las crisis de rendimiento, uno de los síntomas de la crisis de funcionalidad puede detectarse en las tendencias a la “desjudicialización y el auge del ‘informalismo’”. A través de vías diferentes, la crisis de rendimiento y la crisis de funcionalidad promueven la desjudicialización y abren importantes espacios de “informalidad”, tanto en esferas de privacidad como en ámbitos burocráticos. Se trata de espacios que todavía no han sido delimitados de modo definitivo, lo cual acentúa los problemas y el desconcierto que generan entre los juristas formados en el seno del modelo jurídico tradicional. En cualquier caso, se trata de recursos amplios, plurales, difusos, a veces contradictorios⁷.

El objetivo de este trabajo no es resolver de una vez por todas esas cuestiones y acotar definitivamente los espacios del informa-

lismo en medios alternativos de resolución de conflictos. Como tampoco lo será el emitir un veredicto definitivo sobre su bondad o falsedad. Por lo demás, este es un tema bastante estudiado y también se han avanzado ya importantes elementos para su crítica⁸. En este trabajo me limitaré a prestar atención a una de las facetas menos estudiadas de este fenómeno: la “desjudicialización” y apertura de espacios informales que de modo paradójico alientan el avance del intervencionismo estatal y la legalización de las relaciones sociales. Al respecto, si bien es evidente que la “desregulación” genera informalidad, no suele manifestarse con toda claridad que la propia “regulación” también abre puertas importantes para el desarrollo de prácticas que rompen con los presupuestos de racionalidad formal y adjudicación judicial que caracterizaron el modelo jurídico tradicional. En consecuencia, en las páginas que siguen se intentará aclarar cuáles son los resquicios antiformalistas del derecho regulativo, sus características y los problemas que se plantean, para concluir con unas breves reflexiones críticas sobre el tema.

II. TRANSFORMACIONES JURÍDICAS: LOS ESPACIOS DEL DERECHO REGULATIVO

Según la ideología liberal, la intervención del Estado en la economía y en la organización de la vida social debía limitarse a garantizar las reglas de juego “espontáneas” que determinan las leyes de la razón económica. El Estado sólo tendría funciones negativas, de mero árbitro del juego social. Debía dejar hacer sin tomar iniciativas sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar la plena realización de las leyes “naturales” del orden social. La realización

plena de los ideales del individualismo y la seguridad implica la consideración del derecho y de todos los mecanismos que promueven sus funciones, incluida la aplicación del derecho, como instrumentos dotados de racionalidad formal. En consecuencia, recurriendo a la terminología weberiana, el derecho surge y evoluciona como un sistema *racional*, esto es, como un sistema diferenciado e independiente de las necesidades económicas que determinan su existencia, y al mismo tiempo *formal*, en tanto que creado y aplicado al margen de imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia y postulados políticos (WEBER 1979, pp. 509 y 511).

El Estado, por medio del derecho, se limitaría, en resumidas cuentas, a ofrecer un marco de interacción puramente formal o racional-formal, dentro del cual la sociedad podría vivir su propia dinámica espontánea. Dicho de otra manera, el Estado debía limitarse a garantizar un entramado mínimo de expectativas para que la acción responsable de los individuos pudiera desenvolverse con libertad y seguridad. Las funciones que se asignan al derecho y al Estado en la ideología jurídica liberal tendrían como único fin la consolidación y aseguramiento de un marco racional-formal de *autonomía protegida*. El entramado represivo del derecho estaría encaminado a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social “natural” y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente, asegurando al mismo tiempo un marco para la resolución de conflictos y toma de decisiones acorde con esas exigencias de racionalidad formal.

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 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 de esto 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”⁹. 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. La utilización del derecho como medio genera una profunda “legalización” o “colonización” de la sociedad civil y, en otro orden de cosas, determina el desarrollo de un nuevo tipo de derecho: el “derecho útil” o “derecho regulativo”¹⁰.

Aunque existen antecedentes de regulación económica y social anteriores, la primera oleada seria 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. Surgen pausadamente y sus objetivos de estabilidad económica y social pueden definirse como generales. La primera gran marea regulativa se produce en la década de 1930 y coincide precisamente con la resaca de la gran depresión económica vivida como consecuencia del *crack* de 1929, que llevó a la bancarrota a un número elevado de instituciones financieras norteamericanas y a la desesperación a otro infinitamente mayor de ciudadanos de ese país. Los objetivos regulativos en este período pueden ser tanto generales como particulares. Por un lado, se intenta superar la sensación de fracaso de un sistema de economía de mercado basado en los principios de libre empresa y competencia. Por otro, se busca rescatar ciertos sectores financieros o industriales o, incluso, ciertas industrias en concreto de la desestabilización producida como consecuencia de la crisis, ya sea para favorecer y racionalizar su recuperación industrial o para buscar la protección financiera de otros agentes económicos y de los ciudadanos (BERNSTEIN, 1995; VIETOR, 1994, pp. 2 ss.).

La regulación económica fue saludada como el soporte fundamental de una nueva época de prosperidad que se prolongaría hasta finales de los años sesenta. 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 (1987). En los años sesenta, sin embargo, comienzan a oírse las primeras voces críticas (NOLL y JOSTOW, 1981, p. 1), que coinciden –y quizá no por casualidad– con el inicio de otra importante oleada regulativa (HARRIS y MILKIS, 1989, pp. 92 ss.; HORWITZ, 1989, pp. 76 ss.). Este nuevo ciclo

presenta características muy diferentes con respecto a los anteriores. Los actuales instrumentos de intervención jurídica atañen al bienestar físico –o incluso moral o estético– de las personas, yendo más allá de la protección de intereses puramente económicos o de la racionalidad del sistema. En este sentido, comienza a hablarse de una “regulación social”¹¹, como algo distinto de la “regulación económica” tradicional, para referirse a los procesos intervencionistas con fines de protección de la salud y la seguridad –consumo, accidentes y salud laboral, etc.–; el medio ambiente –aguas, contaminación ambiental, protección de animales y plantas, etc.–; salvaguardia frente a los nuevos riesgos tecnológicos y naturales –catástrofes, seguridad nuclear, etc.–; superación de las discriminaciones en la educación, el empleo y el acceso a la vivienda, etc.

La nueva regulación social busca proteger a los ciudadanos y establecer pautas de comportamiento obligatorias para los agentes económicos y sociales privados y sometiendo sus actuaciones a un control público permanente. La intervención estatal que promueve la regulación social va mucho más allá del control de precios y servicios y de las limitaciones de acceso a un sector industrial o utilidad pública que había caracterizado a las iniciativas de regulación económica. Desde el punto de vista de la economía, por ejemplo, la intervención regulativa con fines de protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente va a repercutir prácticamente en todos los sectores productivos; al mismo tiempo los procesos regulativos a través de los que se despliegan las nuevas estrategias de intervención se amplían considerablemente: el control positivo se torna más complejo y se multiplica exponencialmente, al tiempo que el control negativo se abre cada vez

más a la negociación y a la composición.

El alto rendimiento político y bajo coste económico que la regulación social tiene para el Estado va a multiplicar el crecimiento del entramado regulativo a partir de mediados de los años sesenta, momento en el que, como se ha apuntado, comienza a fraguarse también el amplio movimiento de crítica que se opone a la regulación. Al decir de los críticos, la regulación social obliga a esfuerzos económicos importantes a las empresas productoras y genera graves recelos desde el punto de vista de la competencia: discrecionalidad, escasa y desmedida flexibilidad a la vez, sensibilidad a las interferencias políticas y a las presiones de los grupos de interés, etc. De ahí la virulencia de las críticas de los economistas y la cruzada antirregulativa que se desencadenará en los años setenta.

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. Cuestiones terminológicas aparte, el otro del pie del derecho regulativo se asocia comúnmente con el desarrollo del Estado del bienestar. O mejor dicho, con 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. En este sentido, quizá no sea tan temerario haber forzado el concepto “derecho regulativo” para referirse a un nuevo tipo de derecho “útil” o “instrumental” que caracteriza el más reciente peldaño de la evolución legal, marcado por la simbiosis del interven-

cionismo económico y social del “Estado regulativo del bienestar” (*welfare-regulatory state*, TEUBNER, 1983). Con crisis o sin crisis del Estado del bienestar, el derecho regulativo, entendido en este sentido amplio, representa el tipo de derecho predominante en los estados contemporáneos más desarrollados.

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 del siglo XX se ha 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 GARCÍA, 1993, pp. 1017 ss.; *Id.* 1994, pp. 260 ss.). Frente a los postulados de la ideología jurídica liberal, hoy en día asistimos a un importante despegue de lo que se han denominado *funciones pro-*

mocionales del derecho (BOBBIO, 1980; AUBERT, 1986). Cada vez son más los preceptos que no sólo persiguen proteger o garantizar mediante normas prohibitivas las reglas “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 de 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.

III. ESTRUCTURA DEL DERECHO REGULATIVO: APERTURAS NORMATIVAS Y “DESJUDICIALIZACIÓN”

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 que determina una explosión legislativa, una auténtica avalancha de

normas jurídicas: «la legislación va a incitar a la legislación» (LUHMANN, 1986, pp. 124-125). Pero no es sólo que la complejidad de los fines perseguidos y de las propias materias reguladas conduzca directamente a una sobreabundancia de normas. Además, la burocratización de los mecanismos de realización del derecho propiciará una dinámica que hará necesarias más reglas y más reglas, como una cuestión de procedimiento (NIETO, 1984) y como autodefensa (WILSON, 1980). En otro orden de cosas, el efecto regulativo en cascada genera la diversificación (BALDWIN, 1995) y la degradación de los instrumentos normativos

utilizados para promover la efectividad y eficacia del derecho regulativo (ver cuadro 1). La normativa interna que exige el entramado burocrático sobre el que descansa la realización del derecho regulativo se multiplica exponencialmente y se “desformaliza” 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 *pseudonormativos* que facilitan la flexibilidad político-burocrática y dificultan el acceso a las formas tradicionales de control jurídico, incluido el control judicial.

CUADRO 1
APERTURAS NORMATIVAS DEL DERECHO REGULATIVO

REGULACIÓN	IMPLEMENTACIÓN <i>STRICTU SENSU</i>	CONTROL POSITIVO	CONTROL NEGATIVO	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
<p>Legislación básica:</p> <p>Definición valores, fines y objetivos sociales.</p> <p>Establecimiento del marco de intervención de los poderes públicos (límites, obligaciones, programas, etc.), para asegurar la realización de los valores, fines y objetivos sociales.</p>	<p>Normas generales de organización.</p> <p>Normas presupuestarias.</p> <p>Desarrollo normativo y pseudonormativo de la legislación básica:</p> <p>Definición de políticas públicas y programas.</p> <p>Normativa específica para el desarrollo de las políticas públicas promocionales y programas de intervención.</p> <p>Formalización de procedimientos coercitivos (“monitorización” –controles, inspección, etc.– y sanciones).</p> <p>Articulación de controles internos y mecanismos de evaluación.</p>	<p>Desarrollo normativo y pseudonormativo (circulares, bases, prácticas...) complementario:</p> <p>Normas específicas de organización.</p> <p>Impulso regulativo del funcionamiento burocrático.</p> <p>Formalización de procedimientos para la realización de medidas promocionales y control de las mismas.</p> <p>Normativa interna de control y evaluación de políticas y programas.</p>	<p>Desarrollo normativo y pseudonormativo (circulares, bases, prácticas...) complementario:</p> <p>Normas específicas de organización.</p> <p>Impulso regulativo del funcionamiento burocrático.</p> <p>Establecimiento de márgenes y pautas para la negociación y composición.</p> <p>Normativa interna de control y evaluación.</p>	<p>Creación de espacios normativos (ambigüedad calculada, discrecionalidad, etc.) o pseudonormativos “desformalizados” para evitar el control jurídico y judicial de agentes públicos y semipúblicos.</p> <p>Establecimiento del marco general y procedimientos informales de resolución de conflictos (arbitraje, mediación, etc.) y, en su caso, del aseguramiento de expectativas y controles.</p> <p>Control judicial residual:</p> <p>Normas secundarias generales de adjudicación y reforzamiento.</p> <p>Normas de control y supervisión de la Administración y de las agencias regulativas.</p>

El desplazamiento del derecho desde ese ámbito de racionalidad formal soñado por el liberalismo hacia nuevas formas de racionalidad sustantiva también implica cambios importantes desde el prisma de las dinámicas jurídicas. Las normas prohibitivas 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. Como consecuencia se produce un claro descentramiento de los ordenamientos actuales hacia el derecho administrativo y el consiguiente desplazamiento de la dinámica jurídica desde la adjudicación a la realización de políticas (*policies*) regulativas. La “regulación” se convierte en la expresión paradigmática de este nuevo derecho cuya realización efectiva exige la concurrencia de las voluntades políticas y los medios materiales, normativos e institucionales adecuados para alcanzar los fines y objetivos establecidos regulativamente.

El derecho orientado a fines introduce en el sistema jurídico la flexibilidad característica de las formas modernas de organización, lo cual va a suponer el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de la discrecionalidad y las aperturas del derecho hacia todo tipo de presiones sociales y políticas y, en general, los criterios de oportunidad. La realización de los fines regulativos sólo es concebible en los términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con tales fines, lo cual lleva a la implicación de las comisiones u organismos públicos responsables en la consecución de los mismos. Los fines legislativos y los valores subyacentes a los mismos –interés público, bienestar social,

etc.– deben orientar las prácticas regulativas y ello hace inconcebible que se pueda hablar de neutralidad. Los conceptos de neutralidad e imparcialidad pierden el sentido que tuvieron tradicionalmente en el marco de un modelo jurídico caracterizado por el formalismo y la judicialización de la praxis jurídica.

Lo anterior es algo que difícilmente puede ser asumido desde los planteamientos formalistas y dogmáticos del método jurídico tradicional. Quizá por eso se ha hablado de que la orientación substantiva del derecho hacia fines regulativos y resultados prácticos habría dado lugar a un nuevo estadio en la evolución jurídica (NONET y SELZNICK, 1978)¹²; y otros autores, desde posiciones críticas más radicales, habrían vaticinado la “muerte del derecho” (TEUBNER, 1992).

La “aplicación” del derecho regulativo lleva a unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación judicial sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal que se impuso en nuestra tradición jurídica, y nos obligan a aperturas intelectuales, descubrimientos y a la renovación, incluso, de los viejos “términos” con los que nos hemos acostumbrado a describir las formas y dinámicas del derecho.

Centrándonos en los aspectos avanzados en el último punto, 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, que obligan 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 y evaluaciones, etc. Este proceso empieza a ser denominado, casi de modo generalizado, *implementación*, aunque no suele existir acuerdo sobre el alcance del mismo¹³. Para algunos autores, la implementación se agota en la creación de la infraestructura y las redes organizativas necesarias para la ejecución de lo dispuesto en la ley o en la política pública adoptada; para otros englobaría también los procesos y las dinámicas conducentes a la realización efectiva de la ley; otros destacan la dimensión evaluadora de este concepto; etc. Por nuestra parte, utilizamos un concepto bastante amplio de implementación, en el que además de los aspectos citados se engloba también la fase de rutinización de las operaciones, actividades o tareas previstas y la evaluación de resultados.

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 (ver cuadro 2). 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.

Las limitaciones de espacio de este trabajo nos obligan a una exposición más que sucinta de las transformaciones del derecho que determinan las políticas regulativas en boga. Parquedad que tampoco remedian los cuadros 1 y 2, con los que se ha intentado sintetizar e ilustrar la dinámica del derecho regulativo. En cualquier caso, lo visto puede servir para apreciar la complejidad de las nuevas formas y dinámicas jurídicas que se han desarrollado al socaire de los avances del derecho regulativo y percibir la crisis de los presupuestos de racionalidad formal y adjudicación judicial que son característicos del modelo jurídico tradicional. En lo que aquí nos importa, se puede apreciar cómo la desjudicialización y apertura de espacios para el informalismo se concilian, tanto en la estructura normativa como en las dinámicas jurídicas, con el aumento del intervencionismo y la legalización de las relaciones sociales. Más adelante trataremos de ejemplificar y caracterizar con mayor precisión

los espacios “regulativos” del informalismo y las consecuencias que provocan. Antes, quizá puede ser necesario hacer algunas precisiones sobre uno de los temas de más

uso en la actualidad: la creencia de estar viviendo una época desreguladora. Lo cual, de ser cierto, obviamente haría superfluas estas reflexiones.

CUADRO 2
IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO REGULATIVO

REGULACIÓN	IMPLEMENTACIÓN <i>STRICTU SENSU</i>	CONTROL POSITIVO	CONTROL NEGATIVO	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
Diseño normativo de un marco jurídico de intervención con fines de integración y control de las relaciones sociales y económicas.	Movilización de medios económicos institucionales, técnicos y humanos para la realización de los fines y objetivos regulativos.	Implementación positiva rutinaria: medios y actuaciones necesarios para desarrollar y fomentar la eficacia de las políticas públicas y los programas de intervención previstos.	Implementación negativa ordinaria: medios y actuaciones necesarios para asegurar preventiva y correctivamente la eficacia de las políticas y programas establecidos.	Desarrollo de espacios normativos (arbitraje, mediación, etc.) y prácticas (composición, negociación, tolerancia, etc.) de resolución informal de conflictos entre agentes sociales y de los agentes sociales con la Administración.
Incorporación de saberes complementarios.	Diseño e impulso de políticas públicas y programas de intervención. Dotaciones presupuestarias iniciales. Creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención (públicas y semipúblicas). Incorporación de expertos. Diseño de controles internos y evaluación de políticas y programas.	Autorizaciones: control acceso, permisos, fijación de precios, etc. Alentamiento: subvenciones, ayudas, etc. Prestaciones, asistencia, protección, etc. Facilitación de recursos técnicos y asesoramiento. Implementación complementaria y derivada. Controles internos y evaluación de políticas y programas.	“Monitorización” e inspección. Inspecciones programadas. Inspecciones respuesta. Corrección: sanciones y composición (tolerancia, negociación, etc.). Implementación complementaria y derivada. Controles internos y evaluación.	Resolución de conflictos y control judicial de la Administración.

IV. INTERLUDIO PERPLEJO: ¿DESREGULACIÓN O RE-REGULACIÓN?

La “desregulación” parece haber sido una de las religiones más importantes del fin de siglo (DERTHICK y QUIRK, 1985, p. 29; ROSE-ACKERMAN, 1992, p. 149). A las críticas pioneras de unos pocos y solitarios economistas en los años sesenta, sigue una auténtica explosión de trabajos científicos y programas políticos o político-económicos, que se destacan, en muchos casos,

por su tono militante y el compromiso manifiesto con las cruzadas neoliberales en pro del “cambio regulativo” —dicho de otra manera, en favor de la “contrarrevolución desreguladora” emprendida por los gobiernos conservadores—.

Entre las primeras voces críticas, algunas, como las de la teoría económica de la regulación o Escuela de Chicago (STIGLER y FRIEDLAND, 1962; STIGLER, 1971; POSNER, 1971; *Id.* 1974; PELTZMAN, 1976; BECKER, 1983), surgen del ámbito de la

economía y descansan en investigaciones empíricas orientadas a acumular evidencias que confirman y profundizan la teoría de la captura (*the capture theory*) de las agencias por grupos de interés, que ya había sido formulada con anterioridad (BERNSTEIN, 1955) y ponen de relieve el problema de la eficiencia de la intervención regulativa. Otras surgen desde la ciencia política y en algún caso, como las de Wilson (1980, 1989), sitúan en un primer plano los determinantes políticos y la incidencia del entramado burocrático en la intervención regulativa (*regulatory policy*). En algún otro supuesto (BARDACH y Kagan, 1982), se insiste en los problemas de eficacia del derecho regulativo desde un punto de vista más apegado a las propias características y circunstancias técnicas de este derecho. En resumidas cuentas, puede decirse que a lo largo de estos años surgen numerosas perspectivas de análisis y crítica del fenómeno regulativo, una auténtica efervescencia académica que dio lugar al caldo de cultivo “científico” sobre el que se apoyarán los argumentos políticos de la reforma regulativa¹⁴.

Mayor interés que el análisis de las críticas y consideraciones teóricas antedichas, al menos para los objetivos que dan pie a esta reflexión, tiene la evaluación de la cruzada de reparación o reforma regulativa (*regulatory relief*) emprendida durante la segunda mitad de los años setenta en Estados Unidos y ejecutada, ya en los años ochenta, por Ronald Reagan. Este proceso, donde las impugnaciones a la intervención regulativa cobran una virtualidad político-económica, ofrece un campo de análisis especialmente valioso para calibrar el alcance y sentido ideológico de los cambios regulativos más recientes. Los presidentes Ford y Carter, y algún destacado líder político, como el senador E. Kennedy, antes

que Reagan, y cada uno de ellos por razones diferentes, alentaron la reforma del cada vez más amplio y complejo entramado regulativo de su país. Movidos por objetivos que podríamos calificar de neoliberales, como la reducción del aparato burocrático cada vez mayor del Estado, y por razones más inmediatas, como la necesidad de combatir la inflación o las demandas procompetitivas que alentaba el rebrote ideológico de los movimientos en defensa del consumidor, pusieron en marcha los engranajes de la reforma regulativa que culminaría el presidente Reagan. Su discurso, radicalmente asentado en los principios neoliberales en boga en ese momento, propugnaba por la reforma del control regulativo de la sociedad estadounidense como panacea económica y regeneración ideológica de la cultura política liberal. En la retórica política republicana de esta época, el control regulativo de la economía y sobre todo la llamada “regulación social” se convirtió en la bestia negra de todos los males económicos y en la antítesis de los principios democráticos y federalistas del liberalismo norteamericano. Su ataque contra el entramado del control regulativo fue un ataque frontal, algo más que una mera reforma. La máxima política con la que inauguró su mandato es significativa al respecto: «El Estado no es la solución a nuestros problemas, el Estado es el problema» (HARRIS y MILKIS, 1989, p. 5).

Estas premisas parecían presagiar una acción política profunda frente al intervencionismo estatal, tanto en el ámbito de la economía como, en mayor medida si cabe, en el tejido social primario con el fin de restaurar la supremacía de la sociedad civil frente al Estado. Pero, en realidad, la reforma de Reagan fue más “conservadora” que “liberal”¹⁵. De ahí, en parte, las paradojas

de la “desregulación”. Para empezar, resulta irónico hacer descansar un programa desregulador en iniciativas que requieren una mayor intervención administrativa y nuevas normas. La estrategia de los conservadores norteamericanos, dejando a salvo ciertos mercados industriales en los que se realizó una profunda reforma procompetitiva y liberalizadora, parecía encaminada más hacia el control del entramado regulativo desde el ejecutivo, que a la “desregulación” propiamente dicha¹⁶. Los cimientos de la contrarrevolución reaganiana se asentaron en un férreo control presupuestario y el reforzamiento o desarrollo de algunas estructuras regulativas (*sic*) orientadas hacia el control del entramado regulativo y a su utilización mediante la colocación de destacados políticos conservadores “antirregulación” al frente de los departamentos y agencias más importantes (HARRIS y MILKIS, 1989, pp. 99 y 295; EADS y FIX, 1984; ROSE-ACKERMAN, 1992). A la postre, el único elemento de racionalización del control regulativo que se promueve realmente, junto a la centralización del control regulativo, se basará en la introducción de un modelo simple de análisis coste-beneficio.

Con independencia del relativo fracaso de la cruzada antirregulativa emprendida por Reagan (EADS y FIX, Eds. 1984; MEINERS y YANDLE, Eds. 1989), parece interesante destacar que, lejos de conseguir los objetivos neoliberales previstos, ésta dio lugar a *un nuevo estatismo conservador*. Como se ha apuntado, la cruzada republicana en pro de la desregulación parecía encaminada más que a dismantelar el Estado, a utilizarlo con distintos fines. Al mismo tiempo que se reducían los gastos sociales y se desregulaba para favorecer la libre competencia y la globalización de la economía mundial, se utilizaban los

instrumentos de control regulativo para realizar valores conservadores. Incrementando para ello, sin ningún reparo, la intervención en nuevos espacios sociales: educación, familia, comunicaciones, etc.

En el ámbito de la reforma de las telecomunicaciones en Estados Unidos encontramos otro buen ejemplo para evaluar el alcance, dirección y significado del programa desregulador norteamericano¹⁷. La ley de 9 de febrero de 1996 (*Telecommunications Act of 1996*, Pub. L. N° 104-104, 110 Stat. 56 [1996]), presentada originariamente como desreguladora de este sector, adolece de las paradojas apuntadas. Por un lado, propicia la apertura de los mercados y en general fomenta la competencia al tiempo que liberaliza el control de los medios de comunicación —lo cual no dejará de redundar en una mayor concentración del control de algunos agentes privados sobre los mismos—. Por otro lado, el impacto regulativo de esta ley es evidente. Basta con tener delante su amplio contenido o atender al programa de implementación de la misma para tomar conciencia de ello. La relación entre privatización y liberalización y la renovación del impulso en la escalada regulativa ha sido puesta de manifiesto teórica y empíricamente, y en ningún momento se escapó a la consideración del proyecto presidencial de reforma. El propio Clinton (1996) dejó claro que «esta ley [de telecomunicaciones] también reconoce que libertad conlleva responsabilidad. Cualquier mercado verdaderamente competitivo requiere reglas. Este proyecto de ley protege a los consumidores frente a los monopolios. Garantiza la pluralidad que exige nuestra democracia. Y quizá, más que nada, acrecienta el bien común. De acuerdo con esta ley, nuestras escuelas, nuestras librerías y nuestros hospitales recibirán servicios de telecomunicación a un coste reducido».

Pero hay otro tipo de escalada regulativa que también merece ser tenido en cuenta y evaluado críticamente. En la ley de Telecomunicaciones estadounidense de 1996 también puede apreciarse cómo la liberalización de los mercados y desregulación no parece ser obstáculo para el incremento del intervencionismo estatal con el fin de realizar ciertos valores e intereses sociales. Así se pone de manifiesto, en particular, en la regulación de instrumentos de control de los contenidos facilitados a través de los medios de comunicación y especialmente de internet. Los programas políticos de regeneración “moral” y salvaguarda de la tradición conservadora norteamericana van influyendo progresivamente en las estrategias de control social y, como se puede apreciar en esta ley, en las mismas se concitan la senda penal tradicional y los nuevos instrumentos regulativos, cuyo uso en estos supuestos no parece suscitar muchos recelos, dado que han sido impulsados respectivamente por demócratas y republicanos, y a la postre, consensuados por ambos grupos.

Parece, pues, que la propia dinámica de la evolución social va a seguir impulsando las necesidades regulativas, con independencia de las rupturas teóricas y las incoherencias ideológicas. Como se vio más arriba, la capacidad del mundo actual para generar riesgos contribuye al desarrollo de la espiral regulativa, ya que en muchos casos estos escapan a un control basado en mecanismos espontáneos: superan ampliamente la capacidad de los sistemas “privados” de control, desbordando los modelos comunitarios tradicionales de anticipación o previsión, o simplemente son riesgos incalculables.

En este sentido, la mera crítica ideológica puede calificarse de estéril y lo mismo se podría decir, para empezar, de algunas iniciativas desreguladoras contempladas en

programas políticos conservadores. En estos se constata también una cierta incoherencia. De entrada, lo que se ventila en los mismos no es en realidad la desregulación en abstracto sino la privatización para favorecer la competencia o la globalización, y la reducción de los gastos sociales para hacer posible que al menos una parte de la población viva bien. Y esto tiene más relación con la llamada sociedad de los tres tercios y el desahucio de uno de ellos a la indigencia, el peso de las clases medias en los procesos electorales de los países desarrollados o las estrategias de globalización, que con las características técnicas del derecho regulativo o su utilización con otros fines. Incluso en estos casos no dejan de apreciarse algunas paradojas que pueden dar pie a calificar de incoherentes unos discursos que, tras la bandera de la libertad y el retorno a los valores de la sociedad civil, esconden un nuevo estatismo conservador. Muchos de estos programas parecen encaminados más que a dismantelar el Estado a utilizarlo con distintos fines, como hemos dicho.

V. DISOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL ÁMBITO DE LO JURÍDICO, IMPLEMENTACIÓN BUROCRÁTICA Y DISCRECIONALIDAD

El derecho regulativo, desplegado para llevar a efecto políticas intervencionistas y previsoras, está ahí y parece prudente asumirlo como un dato ineludible. Más aún, puede afirmarse que, para desconcierto de juristas y recelo de un amplio espectro de científicos, profesionales y grupos de poder, se ha convertido en el tipo de derecho predominante en los estados contemporáneos. En definitiva, parece oportuno retomar el análisis de las características del mismo y reflexionar desde un punto de vista más

concreto y con una perspectiva crítica sobre las consecuencias que se derivan de las nuevas formas y dinámicas del mismo.

Este derecho se caracteriza por estar profundamente penetrado por criterios y determinantes de índole material: económicos, políticos, axiológicos, técnicos, etc. Lo cual determina de modo inmediato un aumento de la complejidad regulativa y de las dinámicas jurídicas. Cuando se recurre al derecho para proteger el medio ambiente (YEAGER, 1991; HAWKINS, 1984) o la salud del consumidor (CEC, 1997, CLARKSON y TIMOTHY, Eds., 1981), los elementos jurídicos tradicionales se van a ver desbordados en todos los sentidos. La masificación de ciertas prácticas de consumo; la extensión de los riesgos derivados de los avances científico-técnicos para la salud de los consumidores; la amplitud de las amenazas, a veces incalculables, de catástrofes y riesgos medioambientales; la extensión y diversidad de los derechos individuales y colectivos protegibles y otro sinnúmero de factores, determinan la necesidad de recurrir a instrumentos y dinámicas regulativas que poco o nada tienen que ver con el contenido y las formas del derecho tradicional.

La complejidad de los problemas y las características de los fines perseguidos determinan que para intervenir con fines de protección del medio ambiente o la salud del consumidor sea preciso incorporar otros “saberes”, en este caso conocimientos científico-técnicos, biomédicos y sociales, al contenido de las normas jurídicas (FALKE 1996; 1992). De esta manera, tras la apariencia formal de los instrumentos regulativos normativos y pseudo-normativos podemos encontrarnos con un contenido especializado ajeno –y por lo demás, incomprensible– a los conocimientos del jurista. Un contenido “encerrado” en normas cuya “aplicación” exige, entre otras cosas, la

disposición y el manejo de medios materiales e instrumentos de control complejos y sofisticados. La incorporación de “otros expertos” y el desarrollo de una infraestructura compleja se tornan así condición *sine qua non* de efectividad.

La “administrativización” del derecho, según lo anterior, es una consecuencia derivada, entre otras razones, de la necesidad de incorporar a las formas y dinámicas del derecho con el que se interviene en las relaciones económicas y sociales, competencias técnicas y formas de control, positivo y negativo, que obligan a crear infraestructuras y a movilizar un conjunto importante de recursos humanos y materiales para la consecución de los objetivos previstos en los instrumentos regulativos. Esta es una conclusión que salta a la vista al analizar ámbitos propiamente regulativos; pero, igualmente, la tendencia hacia la “administrativización”-“desjudicialización” y razones semejantes pueden apreciarse tomando en consideración instrumentos regulativos utilizados para realizar políticas sociales¹⁸.

Otra de las características del derecho “regulativo”, inherente a la lógica político-burocrática que impregna las dinámicas que lo hacen efectivo, es la flexibilidad. En un estudio pionero sobre la regulación económica mediante comisiones independientes, Bernstein destacaba entre los problemas de la praxis regulativa la discrecionalidad y la politización inherentes a un derecho teleológicamente orientado (BERNSTEIN, 1955, pp. 164 ss.). Lo mismo ocurre en otros ámbitos regulativos¹⁹. Más aún, en el terreno de la implementación de políticas sociales, la flexibilidad que permiten los amplios márgenes de discrecionalidad técnica que caracterizan el derecho regulativo puede ser valorada como algo positivo (HANDLER, 1992, pp. 331 ss.). E incluso podría tener

funciones superiores de legitimación, al ponerse estos márgenes de actuación al servicio de las aperturas del derecho a los saberes técnicos y científicos sobre los que descansa la intervención estatal. En el ámbito de las políticas sociales, además, el desplazamiento desde las instancias tradicionales hacia la Administración y su intervención en esferas “privadas” de relación social no deja de plantear problemas de legitimidad, por lo que «para legitimar la actuación de la Administración en este ámbito del derecho privado tan ajeno a su idiosincrasia, ha necesitado el legislador envolver todo el proceder administrativo de un halo de garantías terapéuticas y científicas, requiriendo de la presencia de expertos en el desarrollo y evaluación de las decisiones públicas que afectan a los menores y a sus familias» (PINCOTÓ NOVALES, 1996, p. 239).

La disolución de la autonomía del ámbito de lo jurídico, la confusión de los ámbitos del derecho privado y el derecho público o la ambigüedad regulativa abren amplios márgenes de flexibilidad y discrecionalidad. Desde un punto de vista general, las técnicas del derecho regulativo promueven el aumento de la legislación, la particularización y la concreción creciente de las normas que regulan las actuaciones públicas; pero paradójicamente este incremento y concreción de las normas jurídicas no acaba con la discrecionalidad sino que, en términos socio-jurídicos, puede decirse que la aumenta. En tanto en cuanto la aplicación de este nuevo derecho útil ya no depende tan sólo de criterios formales, la lógica político-burocrática de la actuación administrativa abre nuevos espacios a la discrecionalidad y a la composición. Galligan (1986, p. 110) ha señalado que los agentes burocráticos no actúan como pueden actuar los órganos judiciales –tipo ideal decisión jurídica o

adjudicación–, que se pueden permitir el lujo de intentar buscar la intención del legislador, la única solución correcta. Las burocracias que desarrollan y 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 objetivos específicos, *policies* y pautas de actuación para alcanzar los objetivos generales de la legislación es una tarea compleja donde no sólo se tienen en cuenta los fines de la ley sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad²⁰.

La discrecionalidad vinculada a un derecho orientado por fines políticos es algo más que un problema técnico, aunque sin duda también lo es, y exige conectarlo con el análisis de una estructura jurídica singular. Para empezar, la penetración de la lógica del sistema político en el sistema jurídico como consecuencia de la utilización del derecho con fines políticos determina un auge considerable del recurso a la *ambigüedad calculada* en la formulación de las normas jurídicas que definen los fines de la intervención estatal. Al respecto, los márgenes de actuación pueden tener un carácter técnico-jurídico que presentará características y problemas similares a los de la discrecionalidad administrativa tradicional; pero cada vez en mayor medida, como consecuencia de la incorporación de otros “saberes” y otros “expertos” en las dinámicas regulativas, se configuran como ámbitos de discrecionalidad *propia*mente “técnica” en los que la opinión de los juristas y los instrumentos tradicionales de la interpretación jurídica poco tienen que resolver. Además hay que tener en cuenta, también, que como consecuencia de la politización de los instrumentos jurídicos de intervención, este derecho se convierte en un instrumento especialmente flexible cuya

aplicación dependerá en gran medida de emergencias y alarmas sociales o intereses políticos y profesionales²¹.

En relación con lo anterior, puede ser importante subrayar que la eficacia del derecho no va a medirse ya en términos de ajuste o de seguimiento estricto de las normas jurídicas, sino en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos²². Al respecto, la búsqueda prioritaria de eficacia o la propia dinámica de las burocracias, junto a la configuración del control regulativo como un mecanismo esencialmente preventivo, pueden suponer que se desdibuje la rigidez de la aplicación estricta de normas para dejar paso a prácticas como la composición, la tolerancia y la negociación. En este sentido son numerosas y de sobra conocidas las investigaciones empíricas que han puesto de relieve que la vigilancia del cumplimiento de la regulación y la corrección buscan más la prevención o la eficiencia que la sanción automática derivada de la estricta aplicación del derecho (*vide* HAWKINS y THOMAS, 1984; HAWKINS 1984; HUTLER, 1988).

En definitiva, la quiebra del formalismo trae consigo un importante incremento de la discrecionalidad y las aperturas del derecho hacia todo tipo de presiones organizativas, sociales, políticas y, en general, criterios de oportunidad. La “desjudicialización” que promueve la necesidad de implementar burocráticamente el derecho regulativo se conjuga con la apertura de márgenes de flexibilidad que hagan posible unas dinámicas jurídicas extraordinariamente “dúctiles”. Al mismo tiempo, se abren espacios para resolver informalmente, mediante la tolerancia o la negociación, los conflictos entre la Administración y los agentes sociales²³. Criterios de eficacia y de “racionalidad” burocrática abren, pues,

vías a la composición informal en la implementación del derecho regulativo.

Además, la “desjudicialización” puede tener también otra dimensión que afecta a la resolución de conflictos entre particulares. Tomábamos pie para iniciar estas reflexiones finales en el derecho regulativo encaminado a proteger la salud de los consumidores. Pues bien, en los aledaños de ese ejemplo nos encontramos con que el arbitraje de consumo y otras prácticas de mediación y negociación han tenido un auge importante en este ámbito del derecho (QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO, Coords., 1997). La legalización amplia de las relaciones sociales y la masificación de las relaciones en espacios regulativos conducen a un aumento espectacular de los conflictos y, en consecuencia, razones de efectividad y eficiencia promueven el desarrollo de procedimientos alternativos, informales, de resolución de conflictos.

Entonces, con independencia de lo anterior, los propios “límites del derecho” pueden aconsejar en muchos casos a buscar espacios informales para resolver conflictos entre administraciones, la Administración y los particulares y entre particulares (YEAGER, 1991; BACOW y WHEELER, 1984; HANF y KOPPER, 1994).

VI. CONCLUSIONES

Las transformaciones del derecho son tan profundas que hay motivos para el desconcierto (CALVO GARCÍA, 1994, pp. 260 ss.). Es obvio que el modelo jurídico que pro-mueve el derecho regulativo es difícilmente asimilable por los juristas avezados a la metodología del formalismo jurídico y, en consecuencia, éstos pueden ser incapaces de aceptar tanto ideológica como científicamente las nuevas formas y

dinámicas del derecho regulativo. Pero frente a ello ha de convenirse que la mirada analítica del investigador y el jurista práctico en sus actuaciones no pueden pasarlas por alto, aunque ello haga de su objeto de observación algo mucho más complejo y desconcertante o puedan cuestionar, una vez más, el método jurídico tradicional y muchas rutinas consolidadas.

Desde el punto de vista de la formación y el ejercicio profesional de los juristas, lo anterior debe llevar a apostar decididamente por una ciencia del derecho menos autónoma y capaz de asumir la existencia de espacios de “no-derecho” y dimensiones informales en las dinámicas jurídicas actuales. Esto supone la exigencia –o, al menos, la oportunidad– de realizar investigaciones que saquen a la luz la estructura real de las nuevas formas y dinámicas del derecho. Investigaciones que muestren, entre otras cosas, que la aplicación del derecho en amplios sectores del ordenamiento jurídico ya no es cosa de juristas o, al menos, ya no es un asunto exclusivo de juristas. El derecho regulativo en todas sus vertientes, en particular en la vertiente social, está siendo aplicado por “otros expertos”, y esta aplicación, que toma pie en “otros saberes” incorporados a las normas regulativas, sólo es controlada parcialmente, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, por funcionarios juristas y jueces o fiscales.

Ahora bien, por otro lado, la disolución de la autonomía del ámbito de lo jurídico, la confusión de los ámbitos del derecho privado y el derecho público o la pérdida de generalidad de las normas jurídicas vienen acompañadas de procesos que más que desconcertar, preocupan.

Las características de la estructura y la dinámica del derecho regulativo ponen sobre la mesa el debilitamiento de las garantías individuales y colectivas. La intervención

estatal, aunque se ejerza con fines protectores y de salvaguarda del bienestar de los ciudadanos, cuando se conjuga con instrumentos regulativos, comporta el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas en favor del aumento de la flexibilidad que requiere la lógica político-burocrática que impera en su implementación y ejecución. Los límites del derecho se tornan difusos, en parte como consecuencia de la ambigüedad calculada con la que se formulan los espacios normativos que requiere esa flexibilidad. Además, la propia orientación de este 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.

Las constataciones y las reflexiones a las que se ha ido arribando a lo largo de este trabajo, probablemente no pueden –ni deben– hacernos añorar sin más ni más el “formalismo” jurídico tradicional²⁴. 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.

MANUEL CALVO GARCÍA
Universidad de Zaragoza
Presidente de la Asociación Española
Derecho y Sociedad

1. Para la realización de este trabajo se ha contado con la ayuda de dos proyectos de investigación financiados por el MEC español a través de la DGICYT (PB 91-0693) y de la DGES (PS 95-0125). En algunas partes del mismo se han utilizado libremente textos procedentes de CALVO GARCÍA, 1994, 1995 y 1977.

2. En ANDRÉS IBÁÑEZ, Ed. (1996) puede encontrarse un conjunto de análisis sobre esta cuestión en España e Italia con un mayor grado de complejidad de lo que suele ser habitual. Pero no sólo en Italia y España preocupa el llamado “gobierno de los jueces”. En Colombia se observa un discurso similar. De hecho, la justicia se vuelve especialmente “protagónica” en este país. Un protagonismo “trágico” a veces (toma y asalto al Palacio de Justicia, narco-violencia...). También ha interferido marcadamente en las pretensiones de los otros poderes del Estado con significativas disposiciones. La existencia de algunas decisiones que quebrantaban la política del ejecutivo motivó que «representantes gubernamentales acudieran a expresiones como *el gobierno de los jueces*, para referirse a la situación judicial» (NEMOGÁ, 1995, p. 107). Por otro lado, la acción de la justicia, contradictoriamente y sin mucha efectividad, también ha llegado a alcanzar a personalidades de renombre político (proceso 8.000, etc.).

3. La historia del método jurídico muestra un empeño constante por rescatar o crear márgenes de neutralidad y racionalidad formal en la decisión jurídica. El formalismo “ingenuo” del método lógico-deductivo, primero, y la “ilusión metodológica” de los últimos desplazamientos de la racionalidad hermenéutica, posteriormente, comparten el objetivo de aislar la decisión jurídica de otros campos como la moral y, sobre todo, la política —ámbitos donde alcanzar soluciones incontrovertibles se presenta como algo mucho más problemático—. Sin embargo, el estudio riguroso de los fundamentos del método jurídico permite concluir que la autonomía de lo jurídico y la neutralidad objetiva en la aplicación del derecho no han podido todavía, a pesar de los múltiples intentos en ese sentido, demostrarse fehacientemente. Lo único que se evidencia con claridad son los fines ideológicos de esos empeños en orden a justificar las decisiones de los agentes técnicos —funcionarios y jueces— encargados de aplicar el derecho con soluciones objetivas y unívocas (CALVO GARCÍA, 1994).

4. En este último sentido, precisamente, creo que sí se puede introducir el debate sobre la *crisis de legitimidad* de la justicia en Colombia. Fenómenos

como el de la impunidad y respuestas “peligrosas” como las de la justicia regional ponen en entredicho el respeto a principios humanos básicos que deben presidir la acción de la justicia. El principio de legalidad, el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, los derechos de la defensa o el derecho a un juicio independiente e imparcial y otros se desconocen o contravienen tras la creación de un sistema judicial de excepción, que ha sido cuestionado tanto a nivel interno como internacional (UNCOMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 1997 § 32, 34, 40; KATZ y NIETO GARCÍA, 1996; NEMOGÁ SOTO, 1996).

5. Un interesante trabajo sobre el “rendimiento” de la justicia española puede encontrarse en PASTOR PRIETO, 1993. En la misma senda, pero con una perspectiva más amplia, sobre Colombia puede verse (SILVA GARCÍA, 1997, pp. 367 ss.).

6. Es significativo el título de un conocido libro de TOHARIA (1987) que hace alusión al dicho *¡Pleitós tengas... y los ganes!* En el mismo pueden encontrarse referencias, no muy positivas, sobre la opinión de los españoles respecto de la justicia. Igualmente, más actualizadas, en TOHARIA, 1994.

7. La resolución alternativa de conflictos se presenta, en ocasiones, como una opción frente a la crisis de rendimiento de la justicia y a la avalancha de procesos que generan la colonización jurídica de lo social o la jurisdiccionalización del conflicto. Perspectivas menos cuantitativas o pragmáticas laten tras algunos puntos de vista que conciben los medios alternativos de resolución de conflictos como vías más adecuadas para hacer frente a los límites del derecho en algunos campos de la intervención jurídica: penal, familiar, etc. En otro orden de cosas, también el pluralismo jurídico, surgido de la quiebra de los monopolios jurídicos del Estado Nación, promueve espacios de informalidad en la resolución de conflictos y organización de la vida social de grupos culturales diferenciados y de diversidad formal o informal en sociedades multiculturales. Razones de justicia material alientan las rupturas antiformalistas de algunos movimientos que han experimentado en los últimos años un gran auge en algunos países latinoamericanos. Otras veces, por el contrario, los espacios informales —arbitraje, mediación, etc.— parecen ser una exigencia de los grupos transnacionales para hurtarse al fuero de los tribunales de los estados y fomentar prácticas de resolución de conflictos más acordes con las exigencias de una economía globalizada. Por último, en los extremos del informalismo nos encontramos

con la desregulación pura y dura de ciertos ámbitos de las relaciones económicas y sociales –mercados, sectores productivos, la contratación laboral, etc.– para liberarlos de ataduras jurídicas y hacer posible la competencia y el establecimiento negociado de reglas desde posiciones de poder.

8. Sigue siendo esencial todavía ABEL (Ed.), 1982 y, desde un punto de vista crítico, su propia aportación (ABEL, 1982, pp. 267-320). Una referencia crítica más actual puede encontrarse en LACASTA, 1994. GIRALDO SANTOS, *et al.* 1997 presentan diversas opiniones al respecto, con una perspectiva más próxima a la situación colombiana actual.

9. Los cambios tecnológicos y el aumento creciente de la complejidad de vida social y económica a lo largo del siglo XX nos sitúan ante una perspectiva de riesgos desmesurados e imprevisibles que ponen de manifiesto las insuficiencias de los sistemas privados de control, previsión y solidaridad, por lo que se requiere de la intervención del Estado a tales efectos. En este sentido, la sociedad actual ha sido definida como la “sociedad del riesgo” (BECK, 1992; *Id.* 1993; GIDDENS, 1993; *Id.* 1993; LUHMANN, 1993).

10. En general sobre la legalización o “colonización del mundo de la vida” por el derecho y la noción de derecho útil, *vide* HABERMAS, 1987, pp. 504 y 510 y ss. TEUBNER (1983) ha preferido hablar de “derecho regulativo” para referirse a un nuevo tipo de derecho “útil” o “instrumental” que en su opinión caracteriza el derecho producto de la simbiosis del intervencionismo económico y social en el “Estado regulativo del bienestar” (*welfare-regulatory state*).

11. Una aproximación bastante clara al concepto de regulación social puede encontrarse en REAGAN, 1987, pp. 17 ss. y 85 ss. El uso del concepto “regulación social” se impone como el más generalizado, pero también se sugiere la posibilidad de usar el término “regulación moral” –*morality regulation*– (REAGAN, 1987, p. 88), o se habla de “regulación protectora” –*protective regulatory laws, protective regulation*– (BARDACH y KAGAN, 1982, pp. 3 ss.).

12. NONET y SELZNICK (1978), cuando abren la perspectiva de la teoría del derecho hacia posiciones próximas al realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica, sostienen que es posible hablar de un nuevo Estado evolutivo en la cadena jurídica, de un nuevo paradigma en la evolución legal; así mismo, al prestar atención a factores como la coercibilidad, la relación entre política y derecho, el juego de las reglas, la discreción y los fines en la decisión jurídica,

la legitimidad, las condiciones de obediencia, etc., identificaron un nuevo modelo jurídico en el que el derecho se caracteriza por ser un instrumento adecuado para dar respuesta a las necesidades y aspiraciones sociales. Este modelo, caracterizado por la orientación sustantiva 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.

13. La rápida aceptación del término *implementación* tras la publicación pionera de PRESMAN y WILDAVSKY (1973) no ha tenido correspondencia en la homogeneidad de las concepciones. Diferentes secuencias panorámicas sobre las mismas pueden encontrarse en SABATIER y MAZMANIAN, 1981; INGRAM, 1990; LANE, 1993.

14. Entre otras razones, puede apuntarse como causa de esta explosión de trabajos científicos el hecho de que varias fundaciones e instituciones comenzaron a apoyar importantes proyectos de investigación. Baste como ejemplo mencionar que entre 1967 y 1975 la Fundación Ford subvencionó con US\$ 1.800.000 a la Brooking Institution, para llevar a cabo un programa de investigación sobre el tema cuyos resultados se han puesto de manifiesto en la publicación de 22 libros y monografías, 65 artículos publicados en revistas científicas y 38 tesis (DERTHICK y QUIRK, 1985, p. 36).

15. El término “liberal” tiene un significado particular en el lenguaje político norteamericano, contexto en que se asocia con posiciones políticas “izquierdistas” y, con este sentido, se suele utilizar como contraposición a “conservador”. Lo cual facilita el juego de palabras, aunque por regla general los términos “liberal” y “neoliberal” se utilizan en este trabajo con el significado usual de los mismos en nuestro contexto cultural.

16. Además de la inmediata creación de la *Presidential Task Force on Regulatory Relief* –de significativo nombre y presidida directamente por el vicepresidente Bush– Reagan puso en marcha una estructura regulativa específica de control, la OMB (*Office of Management and Budget*) y dentro de esta la OIRA (*Office for Information and Regulatory Affairs*), cuya función consistía en controlar a las agencias y departamentos que articulaban la estructura regulativa y disputar espacios de poder al legislativo. Poder del que, quizás es conveniente

recordarlo, dependían muchas de las agencias independientes de la estructura regulativa tradicional. Todo ello, por cierto, mediante órdenes ejecutivas (*executive orders*).

17. Otro ámbito significativo al respecto, porque puede servir como índice para evaluar la ironía de un discurso que promueve la desregulación o la privatización de la enseñanza al mismo tiempo que se refuerzan el control y las censuras con el fin de fomentar los valores conservadores, se encuentra en la reforma del sistema educativo (HARRIS y MILKIS, 1989, p. 115). Igualmente, en el Reino Unido puede comprobarse cómo la involución de las políticas del Estado del bienestar propiciada por el *thatcherismo* en los últimos años no ha impedido el espectacular crecimiento del intervencionismo estatal en el sistema tradicionalmente liberal de enseñanza británico. Desde 1979, se han sucedido leyes de reforma del sistema educativo que, con una periodicidad prácticamente anual, cubriendo todos sus niveles y aspectos (organizativo, curricular, de gestión, etc.), han desarrollado un modelo fuertemente intervencionista. La “legalización” del sistema educativo británico pretende realizar objetivos y valores liberales como los de libre elección de centro educativo, racionalización y utilización eficaz de los recursos económicos, etc.; pero, paradójicamente, dado que se trata de una política “liberal”, tanto la enseñanza pública como la privada se han visto inmersas en un profundo proceso de centralización e intervención jurídica, que afecta también a cuestiones más generales como la unificación de los *curricula*, el establecimiento de estándares para garantizar la uniformidad y calidad en la evaluación [...] y la mejora de la calidad de la enseñanza en general.

18. Así, por ejemplo, una investigación empírica sobre la implementación de la legislación y las prácticas de protección del menor en España tras la reforma de 1987 dejó constancia de que la institución administrativa ofrece una mayor flexibilidad y capacidad para la realización de los fines de protección de los menores que las instancias jurisdiccionales sobre las que descansaban estas competencias en el modelo *iusprivatista* tradicional. En la misma se apuntaba en tono concluyente: «Los procedimientos [judiciales] alargan excesivamente la toma de decisiones terapéuticas, los jueces no están capacitados técnicamente para abordar los problemas humanos y sociales que se plantean, la justicia no dispone de los medios y la estructura apropiados para hacer

efectivos los fines de la protección del menor, etc. Este anacronismo explica, por un lado, la razón por la que su voz se está viendo cubierta por otras voces; y, por otro, su giro hacia las ciencias humanas y sociales, así como la inclusión en las instituciones de toda una pléyade de profesionales de *lo social*. Por tanto, los jueces que tradicionalmente habían absorbido todo el peso de la política de protección del menor han sufrido un más que profundo trastocamiento en sus funciones. Por ello, fiscales y jueces se han visto relegados a un mero papel de control y supervisión *a posteriori* de las actuaciones burocráticas como consecuencia de la *administrativización* de las competencias más relevantes de la reforma de este concreto sector del derecho de familia” (PICONTÓ NOVALES, 1996, p. 238).

19. La discrecionalidad en el funcionamiento de las burocracias que implementan y controlan la efectividad del derecho regulativo parece inevitable (HAWKINS, 1992, p. 11).

20. Desde una perspectiva más teórica, es coincidente la opinión de Zagrebelsky: «La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente “garantizadora” [...] y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica, determinada por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es la expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa. He aquí un importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad», que habría cedido márgenes importantes de actuación ante el empuje de la «legislatividad de la organización» (ZAGREBELSKY, 1995, pp. 34-35).

21. *Vide* como ejemplos concretos de lo dicho CALVO GARCÍA, 1995, pp. 116 ss.; PICONTÓ NOVALES, 1996, pp. 233 ss.; GARCÍA INDA y SUSÍN BETRAN, 1997.

22. 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*. «En el tipo de estructura político-administrativa del Estado

social se sitúan en primer lugar los resultados proyectados de la actividad administrativa (tareas o su realización) como criterios de evaluación de las actividades y decisiones internas administrativas: depende de ellos cada impulso que hay que tratar de conseguir y aprovechar. La eficacia no se define por el seguimiento de reglas, sino por el logro de resultados o la realización de funciones [...] Las premisas de la actividad administrativa ya no son reglas a cumplir a rajatablas, sino *recursos* a utilizar desde el punto de vista de su adecuación para ciertas tareas» (OFFE, 1988, p. 12).

23. Lo cual es difícilmente asimilable por los juristas formados dentro del modelo tradicional. Quizá por eso es fácilmente constatable (WINKLER 1981) cómo los instrumentos jurídicos tradicionales son insuficientes para controlar los nuevos poderes discrecionales que emanan del derecho regulativo. Al respecto, el discurso tradicional sobre el control de la discrecionalidad administrativa bloquea antes que facilitar la apertura de perspectivas necesarias para dar réplica a una situación de crisis que exige respuestas mucho más complejas que las que puede suministrar un discurso encerrado en la dogmática jurídica. En el contexto español, la airada respuesta de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (1994) a los trabajos tíbiamente innovadores de LUCIANO PAREJO (1991, 1993) y la polémica subsiguiente entre los administrativistas dan una idea del peligro que se apunta. Donde las aperturas dogmáticas se han producido ya, la “construcción” de la técnica del control de la discrecionalidad administrativa ha sido superada por análisis más profundos y alternativas más complejas de control de los poderes discrecionales (ADLER y ASQUITH, Eds. 1981; GALLIGAN, 1992; HANDLER, 1986; HAWKINS, 1992). El fenómeno de la discrecionalidad debe abordarse como algo más amplio que el control judicial de la discrecionalidad. En ese sentido quizá es preciso realizar un esfuerzo renovador para comprender la discrecionalidad y descubrir las reglas de la discrecionalidad reconociendo los espacios informales de la decisión jurídica. *A posteriori*, por supuesto que también es importante el control judicial de la discrecionalidad. Pero incluso reconociendo su carácter fundamental, este control judicial no debe oscurecer la importancia, ni bloquear el desarrollo de otras formas alternativas de control de la discrecionalidad.

24. FERRAJOLI (1990) ha puesto de manifiesto de modo magistral que la reivindicación garantista no tiene por qué incurrir en los “vicios” del formalismo metodológico tradicional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, RICHARD, Ed. *The Politics of Informal Justice. The American Experience*. Vols. 1 y 2. New York: Academic Press, 1982. En esta obra, su escrito “The Contradictions of Informal Justice”. Vol. 1, pp. 267-320.
- ADLER, M. Y S. ASQUITH, Eds. *Discretion and Welfare*. London: Heinemann E. B., 1981.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “El poder judicial en momentos difíciles”. *Claves de Razón Práctica*, 56 (1995), pp. 2-13.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Ed. *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.
- AÑÓN, M^a J., M. CALVO, R. BARGALLI, y P. CASANOVAS, Eds. *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- AUGER, C. “La Justicia ante el fenómeno de la corrupción”. *Claves de Razón Práctica*, 56 (1995), pp. 40-46.
- BACOW, L. y M. S. WHEELER. *Environmental Dispute Resolution*. New York: Plenum, 1984.
- BALWIN, R. *Rules and Government*. Oxford: Clarendon, 1995.
- BARDACH, E. *The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law*. Cambridge: MIT Press, 1977.
- BARDACH, E. Y R. A. KAGAN. *Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982.
- BECK, U. *Risk Society. Towards a New Modernity*. London: Sage, 1992.
- BECK, U. “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”. *Revista de Occidente*, 150 (1993), pp. 19-40.
- BECKER, G. S. “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”. *The Quarterly Journal of Economics* 3/98 (1983), pp. 371-400.
- BERNSTEIN, M. V. *Regulating Business by*

- Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955.
- CALVO GARCÍA, M. "Transformaciones del derecho civil". En: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*. Vol. II. Barcelona: Edit. Bosch, 1993, pp. 1017-1043.
- CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CALVO GARCÍA, M. "Políticas de seguridad y transformaciones del derecho". En: I. MUÑAGORRI, Ed. *Seguridad Ciudadana*. Oñati Proceedings, 1995, pp. 95-134.
- CALVO GARCÍA, M. "Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista". En: M^a J. AÑÓN, R. BERGALLI, M. CALVO y P. CASANOVAS (Eds.). *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- CLARKSON, K. W. y TIMOTHY J. (Eds.). *Federal Trade Commission Since 1970: Economic Regulation and Consumer Welfare*. Cambridge University Press, 1981.
- CLINTON, W. "Remarks by the Presidente in Signing Ceremony for the Telecommunications Act Conference Report". Washington (8-II-96).
- CEC, COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Consumer Health and Food Safety: Communication from the Commission*. Luxembourg: Office for Official Publications of the EC, 1997.
- DERTHICK, M. y P. J. QUIRK. *The Politics of Deregulation*. Washington: The Brooking Institution, 1985.
- EADS, G. C. y M. FIX. *Relief or Reform? Reagan's Regulatory Dilemma. An Assessment*. Washington: The Urban University Press, 1984.
- EADS, G. C. y M. FIX. Eds. *The Reagan Regulatory Strategy. An Assessment*. Washington: The Urban. University Press, 1984.
- FERNÁNDEZ, T. R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1994.
- FALKE, J. *Integrating Scientific Expertise into Regulatory decision-Making: The Role of Non-Governmental Standardization Organizations in the Regulation of Risks to Health and the Environment*. Florence: European University Institute, 1996.
- FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*. Bari: Laterza, 1990.
- FROMM, G., Ed. *Studies in Public Regulation*. Washington, Cambridge: The MIT Press, 1981.
- GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon, 1992.
- GARCÍA INDA, A. y R. SUSÍN BETRAN. "Políticas sociales y derecho". En M^a J. AÑÓN, R. L. BERGALLI, M. CALVO y P. CASANOVAS (Eds.). *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- GIDDENS, A. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990.
- GIDDENS, A. "La vida en una sociedad postradicional". *Revista de Occidente*, 159 (1993), pp. 61-90.
- GIRALDO, J. y B. SANTOS, et al. *Conflicto y contexto: Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Bogotá: Tercer Mundo, 1997.
- GORE, A./NATIONAL REFORMANCE REVIEW. *Crear una Administración pública que funcione mejor y cueste menos*. Vitoria-Gasteiz: IVAP, 1994.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*. Trad. M. Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.
- HANDLER, J. F. *The Conditions of Discretions: Autonomy, Community, Bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1986.
- HANF, K. e I. KOPPEN. *Alternative Decision-Making Techniques for Conflict Resolution: Environmental Mediation in the Netherlands*.

- Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 1994.
- HARRIS, R. A. y S. M. MILKIS. Eds. *The Politics of Regulatory Change*. New York: Oxford University Press, 1989.
- HAWKINS, K. *Environmental and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*. Oxford: Clarendon, 1984.
- HAWKINS, K. y J. M. THOMAS. "The Enforcement Process in Regulatory Bureaucracies". En: K. HAWKINS, y J. M. THOMAS. Eds. *Enforcing Regulation*. Boston: Kluwer/Nijhoff, 1984, pp. 3-22.
- HAWKINS, K. (Ed.). *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon, 1992.
- HORWITZ, R. B. *The Irony of Regulatory Reform: The Deregulation of American Telecommunications*. New York: Oxford University Press, 1989.
- HUTTER, B. M. *The Reasonable Arm of the Law? The Law Enforcement Procedures of Environmental Health Officers*. Oxford: Clarendon, 1988.
- INGRAM, H. "Implementation: A Review and Suggested Framework". En: N. B. LYNN y A. WILDAVSKY (Eds.). *Public Administration. The State of the Discipline*. Chatham: Chatham House Pub., 1990, pp. 462-482.
- KATZ, C. y L. C. NIETO GARCÍA. *Jueces anónimos, Justicia ciega. Informe de la misión de investigación de la Federación Internacional de las Ligas de Derechos Humanos (30/VI-7/VII)*. París, 1996.
- KEYNES, J. M. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México: FCE, 1987.
- LACASTA ZABALZA, J. I. "Antiformalismo jurídico 'fin de siglo': Su gracia e inconvenientes". *Ius Fugit* 3/4 (1993-94), pp. 437-456.
- LANE, J. E. *The Public Sector. Concepts, Models and Approaches*. London: Sage, 1993.
- LUHMANN, N. 1986. "The Self-Reproduction of Law and its Limits". En: G. TEUBNER, Ed. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 111-127.
- LUHMANN, N. *Risk: a Sociological Theory*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.
- MEINERS, R. E. y B. YANDLE (Eds.). *Regulation and the Reagan Era. Politics, Bureaucracy and the Public Interest*. New York: Holmes and Meier, 1989.
- NEMOGÁ SOTO, G. R. "Crisis judicial: Enfoques diferentes y elementos constantes". *Pensamiento Jurídico*, 4 (1995), pp. 107-130.
- NEMOGÁ SOTO, G. R. *Justicia sin rostro. Estudio sobre la justicia regional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- NIETO, A. *La organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 1984.
- NOLL, R. G. y P. L. JOSKOW. "Regulation in Theory and Practice: An Overview". En: G. FROMM (Ed.). *Studies in Public Regulation*. Washington/Cambridge: The MIT Press, 1981, pp. 1-65.
- NONET, P. y P. SELZNICK. *Law and Society in Transition*. New York: Octagon, 1978.
- OIRA-OFFICE FOR INFORMATION AND REGULATORY AFFAIRS, et. al. *Economic Analysis of Federal Regulation Under Executive Order 12866*. Washington (11/I/96).
- OFFE, C. "Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político administrativo". En: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema, 1988, pp. 7-25.
- PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y juzgar. Dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Tecnos, 1993.
- PASTOR PRIETO, S. *¡Ah de la Justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Civitas, 1993.
- PELTZMAN, S. "Toward a More General

- Theory of Regulation". *The Journal of Law & Economics*, 19 (1976), pp. 211-248.
- PINCONTÓ NOVALES, T. *La protección de la infancia: Aspectos sociales y jurídicos*. Zaragoza: Egido, 1996.
- PILDES, R. H. y C. R. SUNSTEIN. "Reinventing the Regulatory State". *The University of Chicago Law Review* 62/1 (1995), pp. 1-129.
- POSNER, R. A. "Taxation by Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2/1 (1971), pp. 22-50.
- POSNER, R. A. "Theories of Economic Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science* 5/2 (1974), pp. 335-362.
- PRESMAN, J. F. y A. WILDAVSKY. *Implementation. How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*. Berkeley: University of California Press, 1973.
- QUINTANA CARLO, I. y A. BONET NAVARRO. Coords. *El sistema arbitral de consumo: comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- REAGAN, M. D. *Regulation. The Politics of Policy*. Boston: Little Brown, 1987.
- ROSE-ACKERMAN, S. *Rethinking the Progressive Agenda. The Reform of the American Regulatory State*. New York: The Free Press, 1992.
- RUSSELL, M. "Ozone Pollution: The Hard Choices". En: WATERSTONE, M. (Ed.). *Risk and Society: The Interaction of Science, Technology and Public Policy*. Dordrecht: Kluwer A., 1992, pp. 139-164.
- SABATIER, P. A. y D. A. MAZMANIAN. "The Implementation of Public Policy: A Framework of Analysis". En: D. A. MAZMANIAN y P. A. SABATIER (Eds.). *Effective Policy Implementation*. Lexington: Lexington B, 1981, pp. 3-36.
- SILVA GARCÍA, G. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- STIGLER, G. J. "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics* 2/1 (1971), pp. 3-21.
- STIGLER, G. J. y C. FRIEDLAND. "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity", *The Journal of Law & Economics*, V (1962), pp. 1-13.
- TEUBNER, G. "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society* 17 (1983), pp. 239-285.
- TEUBNER, G. "Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold". *Social & Legal Studies* 1992/1, pp. 451-475.
- TEUBNER, G. *Law as an Autopoietic System*. Z. BANKOWSKI (Ed.). Oxford: Blackwell, 1993.
- TEUBNER, G. (Ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986.
- TOHANA, J. J. *¡Pleitos tengas!... Introducción a la cultura legal española*. Madrid: Siglo XXI-CIS, 1987.
- TONARIA, J. R. *Actitudes de los españoles ante la Administración de Justicia*. Madrid: CIS, 1994.
- TONARIA, J. R. "La reforma de la Justicia: ¿Una misión imposible?", *Claves de Razón Práctica*, 54 (1995), pp. 20-23.
- UN-COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Concluding observations by the Human Rights Committee: Colombia*. CCPR/C/79/Add. 76, 1997.
- VIETOR, R. H. K. *Contrived Competition. Regulation and Deregulation in America*. Cambridge: Belknap/Harvard University Press, 1994.
- WEBER, M. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* J.

- WINNCKELMANN (Ed.). Trad. J. Medina y otros. México: FCE, 1979.
- WILSON, J. Q. "The Politics of Regulation". En: J. Q. WILSON (Ed.). *The Politics of Regulation*. New York: Basic Books, 1980, pp. 357-394.
- WILSON, J. Q. *Bureaucracy: What Government Agencies Do and Why They Do It*. New York: Basic Books, 1989.
- WINKLER, J. T. "The Political Economy of Administrative Discretion". En: ADLER, M. y S. ASQUITH, *Discretion and Welfare*. London: Heinemann E. B., 1981, pp. 82-134.
- YEAGER, P. C. *The Limits of Law: The Public Regulation of Private Pollution*. Cambridge University Press, 1991.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. M. Gascón. Epílogo G. Peces-Barba. Madrid: Trotta, 1995.

