

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

El derrumbe de las referencias sociales colectivas y el juez como última figura legítima de autoridad .

Raúl Enrique Rojo.

Cita:

Raúl Enrique Rojo (2009). *El derrumbe de las referencias sociales colectivas y el juez como última figura legítima de autoridad. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/764>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

El derrumbe de las referencias sociales colectivas y el juez como última figura legítima de autoridad

Prof. Dr. Raúl Enrique ROJO

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

raulrojo@ufrgs.br

Introducción

La intervención creciente de la Justicia en la vida colectiva es uno de los hechos políticos mayores de nuestra época, que testimonia el aumento exponencial de los contenciosos y la paralela multiplicación de las jurisdicciones. Para dar una respuesta inteligente a estas nuevas demandas, la instancia jurisdiccional debe cumplir nuevas funciones que se han ido desarrollando a lo largo de los últimos cuarenta años y que hacen aparecer al juez como la última figura legítima de autoridad. A través de ella, las sociedades modernas promueven una demanda de justicia inédita tanto en términos cuantitativos como cualitativos, pues no sólo la Justicia tiene que multiplicar sus intervenciones - lo que constituye, de por sí, un desafío-, sino que debe responder a requerimientos de nueva naturaleza. Sea que se someta a su decisión espinosas cuestiones morales, como las relativas a la bioética o la eutanasia, o que se le pida moderar los desastres provenientes del debilitamiento del vínculo social entre los individuos excluidos, se está exigiendo de los jueces que "hagan justicia" en unas democracias a la vez inquietas y desencantadas.

No hay libro sobre la Justicia o informe acerca de la misma que hoy no constate en tono pesimista el vertiginoso aumento de los pleitos a partir de los años 1970. Parece indiscutible que, en cuarenta años, todas las formas de contenciosos judiciales, en todas las instancias y fueros, han crecido en proporción geométrica. Siempre detectada, pero rara vez interpretada, ¿qué significa esta tendencia? ¿Qué demanda traduce? ¿Cómo eran solucionados estos problemas antes?

Ese doble desafío cuantitativo y cualitativo que enfrenta la Justicia moderna no es coyuntural sino que está íntimamente vinculado al propio desarrollo del hecho generador de la democracia: la igualdad de condiciones. Recordemos las primeras líneas de la *Démocratie en Amérique*: "entre las cosas nuevas que durante mi estancia en los Estados Unidos llamaron mi atención, ninguna me sorprendió tanto como la igualdad de condiciones (...) Pronto observé que ese mismo hecho extiende su influencia mucho más allá de las costumbres políticas y de las leyes, y que su predominio sobre la sociedad civil no es menor que el que ejerce sobre el gobierno, pues crea opiniones, engendra sentimientos, sugiere usos y modifica todo aquello que él no produce" (TOCQUEVILLE, 1995: I, 9).

Tocqueville testimonia la transformación del hombre por la democracia. La igualdad de condiciones conmueve profundamente el equilibrio social. El desenvolvimiento hasta sus últimas consecuencias de este dogma democrático debilita el vínculo social, paraliza toda influencia jerárquica sobre nuestro prójimo basada en criterios de adscripción y, consecuentemente, agudiza los conflictos. Depone toda autoridad tradicional, quebranta la organización percibida como espontánea de la sociedad y mina el orden jerárquico que, atribuyendo a cada individuo un lugar predeterminado, limitaba las oportunidades de ascenso social, pero también de conflicto. La sociedad democrática deshace ese vínculo social y lo reconstruye artificialmente. Por eso parece condenada a fabricar lo que antes era dado por la tradición, la religión y la costumbre. Se ve obligada a inventar la autoridad y, cuando no lo logra, tiene que recurrir al juez. Esta demanda de justicia hemos dicho en otra parte (ROJO, 2000a) que nos parece paradójica, pues con el pretexto de evitar la intervención ilegítima de nuestro prójimo, se pide la intervención del juez. El individuo se libera de la tutela de sus magistrados sociales precipitándose en la de los jueces estatales. La libertad corre así el riesgo de pagarse con el aumento de control judicial, la interiorización del derecho y la *capiti diminutio* o tutelarización de ciertos sujetos.

1. Las nuevas demandas de justicia

En cuestión de pocos años, hemos pasado a ser sociedades plurales en el plano cultural, dejando de lado la relativa homogeneidad que nos caracterizaba hasta entonces y que había servido de crisol para fundir los diversos componentes que había aportado la inmigración masiva de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Los individuos procuran encontrar hoy sentimientos de identidad comunitaria reafirmando su apego a tradiciones distintas de las meramente nacionales. El desarrollo de sectas o el fundamentalismo religioso (absolutamente novedosos en una Argentina tempranamente secularizada), las diversas "tribus" urbanas, el populismo político, las bandas de jóvenes de los suburbios, los "chicos de la calle" son otros tantos fenómenos que, más allá de sus particularidades, pueden ser atribuidos al derrumbe de las grandes solidaridades que atravesaban antes las clases sociales y habían estructurado la identidad nacional. No es casual que afecten en primer lugar a aquellos que deberían temer más que ningún otro a esos fenómenos que los marginan de la sociedad: los jóvenes desocupados, los migrantes, los pobres de las villas y barrios degradados y los habitantes de las regiones menos favorecidas de nuestro territorio. La inestabilidad creciente de los lazos familiares, la precariedad del empleo (y su movilidad cuando se lo consigue), así como la diversidad cultural han modificado la demanda de justicia, convirtiendo al derecho en la última moral compartida en una sociedad que carece de ella.

1.1 La jurisdiccionalización progresiva de las relaciones familiares

Nuestro Código Civil, a despecho de las reformas que ha sufrido en un siglo y medio, es un código burgués que no reconocía, en principio, verdaderos derechos más que a un número limitado de sujetos. Todas las relaciones jurídicas fueron pensadas en él siguiendo el modelo contractual del intercambio comercial, relación de iguales simbolizada económicamente por la moneda. El siglo XIX se empeñó en hacer realidad la igualdad entre "buenos padres de familia", es decir entre hombres adultos y propietarios. Y hete aquí que esta igualdad es ahora reivindicada (felizmente con suceso) para cualquier relación social: entre hombres y mujeres, en primerísimo lugar, pero también entre patrones y trabajadores y entre padres e hijos.

La historia de la Justicia es (podríamos decir) la de la profanación progresiva de toda autoridad tradicional. Durante el período colonial y patrio (*grosso modo* hasta 1870, en la Argentina) y aún hasta bien entrado el siglo XX, gran cantidad de conflictos eran regulados por los notables locales que ejercían una especie de arbitraje muy difundido. Lo propio pasaba con el padre de familia que gozaba de una autoridad reconocida sobre sus hijos. En la familia aristocrática sudamericana, como lo había anotado Tocqueville (1995: II, 165), "el padre detenta un verdadero

derecho natural, reconociéndosele un derecho político de conducción. Es el creador y el sostén de la familia y también su magistrado". La familia no debe ser considerada como una ínsula al margen del derecho, preservada de las evoluciones de la sociedad: por el contrario, es ese "lugar privilegiado donde se revela la genérica verdad de la democracia" (MANENT, 1993: 102). La historia del derecho de familia ilustra la lenta penetración de la Justicia para controlar las instituciones familiares y la sensible aceleración de esta evolución a lo largo de un siglo. Las relaciones entre padres e hijos se "jurisdiccionalizan", así, progresivamente.

Una primera ola legislativa limitó esta magistratura (pretendidamente "natural") de los hombres reconociendo derechos civiles a las mujeres y estableciendo el Patronato de menores a cargo del Estado nacional o provincial (leyes 11.357 de 1926 y 10.903 de 1903, respectivamente). Medio siglo más tarde, entre 1954 y 1987, una segunda ola legislativa establece la igualdad entre los esposos (por una reforma de los regímenes de filiación, patria potestad y tenencia de menores, y finalmente reimplanta en 1987 el divorcio vincular - establecido en 1954 y luego "suspendido" por un decreto-ley de 1955), convirtiendo el antiguo poder decisorio marital en autoridad compartida de los padres. Una nueva etapa se inicia años más tarde con la idea de derechos del niño que serán consagrados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y cuya jerarquía constitucional fue declarada en ocasión de la reforma de la Carta Magna argentina en 1994). ¿Dónde se detendrá esta lógica igualitaria? ¿No se confrontará con ciertos límites impuestos por la naturaleza que todavía no ha dado al niño las posibilidades de educarse solo? Cuando asistimos a ciertas reivindicaciones de chicos que viven en las calles por propia decisión y a las propuestas de algunas "almas puras" que procuran reunirlos en "hogares" integrados solamente por ellos, sin la presencia de adultos, nos permitimos temer por la suerte final de este proceso.

La asistencia educativa, es decir la acción del Ministerio Pupilar y de los jueces de menores para proteger la niñez en peligro, se vuelve cada vez más jurídica. Ya no basta que ella se lleve a cabo de manera más o menos formal en los despachos del juez o del asesor de menores: hoy se exige un abogado para cada menor y el respeto de un procedimiento estricto para contener los eventuales desbordes paternalistas de los magistrados. La introducción del contradictorio (que es la marca judicial distintiva), obliga a enunciar, formular y desarrollar un razonamiento que hasta aquí estaba a menudo implícito en la labor de los asistentes sociales y del juez. De aquí en más será preciso adoptar las mismas precauciones que para cualquier otro expediente judicial. La democracia no tolera ninguna otra magistratura que la del juez.

1.2 La indiferencia general respecto de las opciones personales

En la sociedad tradicional la senda de la normalidad parecía trazada de antemano: no quedaba otra alternativa que seguirla o ser marginado. La sociedad democrática debe hacer el duelo de una norma compartida de contenidos precisos. La familia nos brinda, una vez más, el mejor ejemplo. Los comportamientos familiares se diversifican como parecen atestiguarlo el número en constante aumento de las uniones de hecho, de las familias monoparentales, de aquellas constituidas por dos miembros del mismo sexo o de los hijos extramatrimoniales. Según los demógrafos, hace unos treinta años se produjo una verdadera fractura. Pero, ¿de que "fractura" se trata? ¿Acaso todas las épocas no han tenido sus comportamientos definidos como divergentes? La novedad no reside tanto en la naturaleza de dichos comportamientos cuanto en la indiferencia general respecto de las opciones personales. Ya no hay más una norma comúnmente admitida y, como consecuencia, tampoco es posible hablar de conducta desviada: todas las formas de vida se vuelven igualmente respetables cuando las referencias morales no pueden ser deducidas de un comportamiento social estandarizado.

El ideal de un mundo normativo que encuadraría y prevería todas las situaciones sociales ha sido abandonado. La ley general se revela poco apta para aprehender la diversidad de los valores. Las dificultades eventuales son tan numerosas e imprevisibles que el legislador no puede preverlas porque en ese caso podría quedar encerrado en su propia construcción jurídica que conduciría, así, rápidamente a resultados opuestos a los perseguidos. El ciudadano, que quiere conducirse como mejor le parece, sólo puede tolerar una norma individual, "cortada a medida". Y el encargado de individualizar la norma no es otro que el juez...

Tal es, por lo demás, el espíritu de las modernas reformas al derecho de familia que vienen introduciéndose en casi todos los países occidentales de derecho continental. "Las nuevas leyes, menos legalistas que las anteriores, se basan preferentemente en la acción judicial para asegurar el funcionamiento del dispositivo creado por ellas, probablemente porque desconfiaban de su propia fuerza. Sea como fuere, el juez que dicha legislación ha previsto es menos el intérprete de los textos o el creador de jurisprudencia, que el prudente consejero o el ministro de equidad" (CARBONNIER, 2001: 176). El legislador ha delegado en el juez la tarea de dar un contenido, en cada caso, a nociones esenciales como el "interés del menor". Este "interés" no tiene más un contenido único, válido para todos los menores: recién se corporizará en un debate en el cual nadie (ni siquiera un perito) puede pretender ser el dueño de un saber positivo e incontestable. De lo que

se trata, entonces, es de una apreciación muy contextualizada, que deberá tomar en cuenta los valores de cada familia.

1.3 La incapacidad de ejercer la autoridad social

La igualdad de condiciones priva de legitimidad a todas las influencias individuales, puesto que cada ciudadano no debe obedecer más que a sí mismo. "La igualdad - recuerda Tocqueville (1995: 50)- coloca a los hombres unos junto a los otros, sin vínculo que los una (...) Los predispone a no pensar en sus semejantes y los instruye en una especie de virtud pública de la indiferencia". La democracia hace más incierta la autoridad que ella requiere más que cualquier otro régimen: he allí la paradoja de la Justicia en una democracia. El ejercicio de la autoridad pública, imprescindible a raíz del relajamiento del vínculo social, se vuelve paradójicamente sospechoso. De ello dan prueba el cúmulo de precauciones ahora necesarias para intervenir en los asuntos ajenos: nadie (o casi nadie) puede ya ejercer espontáneamente cualquier magistratura social.

La sociedad democrática elude esta dificultad dando un notable alcance a la noción de contrato. Todo lo que se ordenaba antaño por un juego de magistraturas tradicionales debe adoptar actualmente la forma contractual. Esta moda hizo su aparición estos últimos años en la práctica del trabajo social y más específicamente en la acción de los poderes públicos. Para retomar una añeja expresión de Portalis, se busca más confederados que ciudadanos. La invasión del imaginario contractual hasta en dominios íntimos como los propios de las relaciones familiares no es más que un paliativo (si no una ilusión) que difícilmente nos compensará por la pérdida de un mundo compartido, ya que no es posible contratar sin un tercero que autorice los términos de la convención y garantice su ejecución.

La incapacidad (típicamente democrática) de ejercer una influencia sobre un tercero explica, quizás, la crisis moral de todas las profesiones cuya función consiste, precisamente, en influenciar el comportamiento del prójimo: asistentes sociales, docentes o médicos. Estos profesionales no saben "en nombre de qué o de quien" ejercer esta influencia, sospechosos, como son, de paternalismo o de control social. Privados de la autoridad de la institución, se desconfía del terapeuta y del profesor que vendrían a inmiscuirse ilegítimamente en la vida del otro o a legitimar sutilmente el arbitrario social. Así, por ejemplo, los equipos psiquiátricos aceptan con reticencia las personas (aún enviadas por la Justicia), si ellas no manifiestan una "demanda" de internación. Ahora bien, ¿quién puede evaluar la sinceridad de una demanda de una persona frágil? ¿Por qué se demandaría salir de la droga si no fuera porque de lo contrario la pena puede ser más dura? ¿Por qué dejar de beber si

no es para evitar que nuestro cónyuge nos abandone? Por regla general, toda demanda de este tipo está influida por la perspectiva de una reacción social más severa.

Faltos de otra legitimación, los interventores sociales procuran justificar su acción refiriéndola más bien al derecho que al Estado. De ahí, probablemente, el desarrollo exponencial de la reflexión ética o deontológica entre estas profesiones.

La incapacidad de ejercer la autoridad social normal se traduce por un aumento del peso de la Justicia sobre ciertos comportamientos que antes eran objeto de otra forma de regulación. El juez de menores debe zanjar a menudo cuestiones en las cuales los padres (incapaces, por una extraña inhibición, de ejercer la menor autoridad sobre sus hijos), acaban por requerir su decisión. ¿Por qué procurar el aval del juez de menores para conducirse como padre?

Esta incapacidad de las instituciones para ejercer su autoridad tomando a su cargo los sujetos más débiles, tiene como consecuencia inesperada reforzar la función asilar de la prisión. Llenan las cárceles, hoy en día, personas que tendrían que estar en un hospital pero que no se encuentran allí por falta de "demanda" de internación. La antisiquiatría, generoso movimiento que pretendía sacar los enfermos del asilo, tuvo por efecto externar un gran número de personas de entre las cuales algunas no eran capaces de vivir fuera. Y lo que afuera han encontrado no ha sido la libertad sino el encierro sin paredes, la soledad con su sufrimiento y sus síntomas. El movimiento iniciado por atendibles y humanas razones terapéuticas ha sido continuado por razones presupuestarias, procurando ocultar la ineficiencia y el abandono de las instalaciones psiquiátricas, acabando por dejar sin ningún tratamiento a gran número de enfermos. Y como sólo la intervención autorizada por la Justicia es legítima, esta última ve nacer una nueva demanda para tomar a su cargo la suerte de los individuos más carentes, demanda ante la cual la Justicia se halla poco preparada.

2. El razonamiento anticipatorio

El derrumbe de las referencias sociales colectivas tiene otra consecuencia menos esperada pero que también refuerza el poder del juez: la interiorización del derecho. En un mundo sin normas exteriores de comportamiento, los sujetos parecen condenados a interiorizar la norma. El hombre de las democracias debe reinventar continuamente lo que antes era formulado por la ley positiva. El actor jurídico no se contenta más con aplicar las normas conocidas: tiene que preverlas. La ley penal o civil que detallaba las obligaciones tiende a ser reemplazada por una obligación general de prudencia sancionada por una extensión de la idea de responsabilidad. Pero, ¿quien, si

no el juez, acabará por apreciarla? La Justicia realiza *a posteriori* lo que el derecho positivo concebía *a priori*. El mañana se vuelve impensable y el futuro incontrolable. El derecho del juez no puede ser sino un "derecho del día después". Pero, en ese caso, ¿adónde va a parar el sacrosanto principio de la seguridad jurídica?

Un derecho creado por el juez invierte la carga normativa. Haciéndose cargo de la inseguridad y de la complejidad de nuestro mundo, reclama un razonamiento anticipatorio. Ya no es más posible refugiarse detrás de las certidumbres científicas. La ciencia no es ni buena ni mala *a priori*: también ella exige precaución. Esto se confirma tanto por los operadores económicos como por los ambientalistas. En el mundo empresarial, por ejemplo, se asiste en estos últimos años a la importancia creciente de la asesoría jurídica y al aumento de su intervención preventiva. Antes los contratos eran firmados por los comerciantes y formalizados a continuación por los abogados. Actualmente los abogados son asociados desde el comienzo de las negociaciones, porque el derecho forma parte de la estrategia de la empresa. Se ha creído ver en este fenómeno, como siempre, una influencia de la cultura anglosajona, sin comprender que, en un universo sin referencias compartidas, como el del comercio internacional, lo propio del derecho es anticiparse a todas las eventualidades. No hay más lugar para la confianza ni para la garantía superior del Estado.

2.1 La prudencia como obligación universal

El derecho penal liberal se caracteriza porque debe, en principio, limitarse a efectuar un catálogo de prohibiciones claras y precisas sin dejar al juez la posibilidad de interpretar de manera extensiva la ley penal. Es lo que los juristas llaman "principio de legalidad de los delitos y las penas" e "interpretación restrictiva de la ley penal". Pero también aquí la norma se va volviendo cada vez más indeterminada: las prescripciones formales, claramente enunciadas por el derecho penal liberal clásico, van dejando lugar a principios que deben ser apreciados en cada caso concreto.

Las nuevas leyes penales de las democracias del siglo XXI en las que vivimos multiplican los delitos de contornos imprecisos como "colocar deliberadamente en peligro la persona ajena". Esto equivale a penalizar la responsabilidad civil. El principio de la legalidad y de la interpretación restrictiva de la ley penal es dejado, en la práctica, de lado. Será el juez quien, en última instancia, deberá decidir *a posteriori* si tal o cual comportamiento "colocó en peligro" a alguien o no. Y para hacerlo tendrá que tener en cuenta la intención de la persona traída a juicio. "El móvil del delincuente tiende a volverse primordial en la determinación de un número creciente de delitos, sean éstos contra las personas o la propiedad" (MAILLARD, 1994: 616). Esta tendencia es

corroborada por el reconocimiento del dolo eventual como especie de la culpabilidad y del error de derecho como causa exoneratoria de responsabilidad penal. La norma debe su completa efectividad a su conocimiento por el individuo, así como la ratificación en última instancia de un resultado socialmente no deseado tipifica la *voluntas sceleris*. El derecho penal hace suya la idea de "intención" en un movimiento que acompaña la tendencia a la psicologización de la vida política y la actual promoción de la ética profesional.

En cada caso la idea es la misma: vivimos en una sociedad compleja que se regula por los hombres más que por una reglamentación sofisticada. Tomando conciencia de la lógica improductiva de la prohibición, el legislador busca la perspectiva dinámica de la obligación. La pérdida de referencias compartidas nos hace pasar de un mundo de prohibiciones a otro donde parece reinar una obligación general de prudencia. Esta exigencia general de medida nos recuerda la precaución que, según François Ewald (entrevistado por Bruno LATOUR, 2005) caracteriza la nueva relación con el saber y la ciencia, "cuanto menos seguro es el derecho, más jurídica debe volverse la sociedad". De aquí en adelante cada ciudadano debe ser su propio legislador y anticiparse a las consecuencias sociales de sus actos. El mundo compartido y el formalismo positivista permitían circunscribir un interior y un exterior, distinguiendo claramente el mundo de lo permitido del de lo prohibido. Hoy, al contrario, cada uno debe interiorizar el derecho. El hombre moderno se ha convertido en jurista por necesidad: tal es el precio que debe pagar por su autonomía. La sociedad democrática paga su emancipación de la norma con la importancia creciente que otorga a la Justicia. Sus miembros se liberan de la obligación social haciéndose, todos, abogados (o leguleyos).

2.2 Mesura versus prohibición

Esta evolución del control social puede ser ejemplificada con el caso de la droga. Nuestra legislación reposa sobre el ideal de un mundo puro, libre de toda droga, dándose por objetivo la erradicación de su consumo. La prosecución de este objetivo exigía distinguir entre los productos "buenos" y los "tóxicos", entre los sujetos "sanos" y los "drogados", entre la "buena" ebriedad social del alcohol y los malos "viajes" solitarios provocados por los estupefacientes.

El análisis científico cuestiona esta visión binaria del mundo. Parece claro, en efecto, que los mecanismos neurológicos de recompensa son finalmente idénticos para el alcohol, el tabaco o las drogas alucinógenas y, consecuentemente, no puede fundarse biológicamente ninguna distinción entre productos lícitos e ilícitos. Es más, la droga puede convertirse, a veces, en factor de

socialización. No es, entonces, el producto el que sería intrínsecamente malo sino el uso que de él se haga. De allí la aparición de un ideal de la medida que substituiría al de la abstinencia. La frontera entre lo normal y lo patológico, así como aquella trazada entre lo prohibido y lo permitido, abandona el mundo compartido para ir a parar al interior del propio individuo. Esto no quiere decir que todas las drogas sean buenas y todos los consumos aceptables, sino que el uso de la droga es situado desde el punto de vista de la moral personal (de los deberes para consigo mismo). De aquí en más es a cada uno de nosotros que correspondería fijar el límite entre lo aceptable y el abuso.

Ya que el Estado no puede controlar el tráfico de estupefacientes, se encuentra tentado de cambiar de estrategia y de controlar el fenómeno por el otro extremo de la cadena del vicio, es decir por el consumo. Y así se piensa que el mejor medio para contener el flagelo de la toxicomanía sería formar ciudadanos responsables y bien informados. En materia de sustancias activas sobre el sistema nervioso central, cada persona debería, entonces, aprender a conocer sus fragilidades y a discernir el límite entre lo que ella puede permitirse y lo que no quiere para sí misma.

Sin embargo, quienes piensan de esta manera, ¿no estarán tomando por hipótesis de partida lo que constituye el objetivo, es decir un sujeto sólido, capaz de controlar sus consumos? Parece olvidarse que si ciertos individuos se drogan es para tratar de compensar un profundo malestar existencial. Si ellos fuesen tan prudentes y medidos, ¿qué necesidad tendrían de la droga? Además, la desincriminación y la confianza en la medida y prudencia individuales no tendrán las mismas consecuencias para todos los ciudadanos. Será una jauja para ciertos artistas cocainómanos y un abandono más para los jóvenes villeros. Esta responsabilidad puede ser demoledora para algunos. ¿Qué hacer con aquellos incapaces de gobernarse por sí mismos, que no pueden alcanzar esta moderación y prudencia? La desincriminación los enviará legalmente a la muerte. Una revalorización de la prudencia y de la responsabilidad exige organizar la protección de aquellos que no pueden hacer gala de ellas.

3. La tutelarización creciente de los sujetos

¿Qué hacer con los sujetos que no dan prueba de esta moderación? Aquellos que son incapaces de interiorizar la ley o de mostrarse prudentes. La abstracción democrática, que es necesariamente teórica y un poco ingenua, postula la autonomía de los ciudadanos y se muestra reacia a admitir lo contrario. Ahora bien, a través de la Justicia este dogma democrático entra en contradicción con la fragilidad del individuo de carne y hueso. Las ficciones democráticas se confrontan con el "mundo de la vida". Estos sujetos deben, al mismo tiempo, ser respetados en su

palabra y protegidos a raíz de su fragilidad. Exigir del sujeto que se convierta en legislador de su propia vida conduce a instituir una suerte de tutela para aquellos más carentes, incapaces de sobrevivir a la privación. "El reconocimiento por la sociedad de los derechos del individuo - recuerda Marcel Gauchet (2002: 23) - no significa que la misma sociedad le confiera a éste la autonomía indispensable para ejercerlos". La "magistratura del sujeto" (como la llama Antoine GARAPON, 1996: 139) se convierte, así, en una tarea política esencial. Y que los sociólogos o criminólogos "de la sospecha" no nos vengán a hablar de paternalismo o control social, ya que la evolución de las sociedades democráticas devuelve a esta protección toda su dignidad cívica.

3.1 Las estrategias de auto-asistencia

"Una sociedad que traslada a los individuos en general ciertas responsabilidades que antes eran asumidas institucionalmente - dice Alain Ehrenberg (1999: 313) - debe esperar que esos mismos individuos desarrollen estrategias de auto-asistencia inagotables y dirijan las más diversas demandas a profesionales e instituciones" supuestamente expertos. Si dejamos de lado lo tocante a los derechos referidos a la personalidad jurídica (como aquellos que tutelan la imagen, el nombre y el honor), podríamos decir que la Justicia es solicitada, de preferencia, para pronunciarse más acerca de la propia persona de los individuos que de sus derechos, esto es: acerca de su libertad, su autonomía, sus vínculos fundamentales en relación a su pareja o sus hijos. Esta demanda inédita abre un nuevo campo para la Justicia atribuyéndole más una función tutelar que una función arbitral (como a la que ha constituido hasta aquí su tarea fundamental). Esta parte de la actividad de la Justicia viene creciendo en los últimos tiempos.

¿En qué consiste esta función? El juez debe suplantar la autoridad claudicante para autorizar una intervención en los asuntos privados del ciudadano. Lo nuevo es la debilidad de las mediaciones, puesto que la acción ejercida sobre el interesado es muy banal y, para hablar con propiedad, tiene bien poco de jurídica. Consiste en asistir a una familia en la gestión de su fortuna (o, mejor aún, de su infortunio), en enseñar a los padres cómo deben comportarse con sus hijos o a una esposa con su esposo violento, a ayudar a una persona a conducirse en la vida social, a abandonar la droga, a defender sus intereses de consumidor o a encontrar un empleo después de salir de la prisión. En síntesis, este tipo de actividad jurisdiccional profesionaliza lo que antes era regulado por la propia vida social.

Por eso lo que muchas veces se pide a la Justicia es menos una decisión jurídica que la designación de una persona referente: un perito, una asistente social, un agente de patronato, un

educador, un tutor o un curador, etc. La Justicia procura reintroducir al final las mediaciones que han faltado al principio. La función tutelar evoca una idea de subsidiaridad que aleja a la Justicia de la perspectiva clásica del *imperium*. Es una manera de crear artificialmente un vínculo social (si no familiar), nueva exigencia de la modernidad que ha separado sujeto y razón (conf. TOURAINE, 1992). El individualismo se paga, así, por una tutelarización creciente de los sujetos.

El derecho técnico es de poca ayuda para aprehender este nuevo campo de acción de la Justicia. El juez tiene en cuenta aquí tanto los afectos como los conceptos jurídicos y corre el peligro de confundir su papel con el del terapeuta o el amigo. A falta de derecho positivo, ¿qué "reglas de la sana crítica" deben guiar la decisión del juez? ¿Los jueces no deberían compartir con los auxiliares médico-sociales una misma concepción del sujeto de derecho? Unos y otros parecen desorientados ante las nuevas demandas.

3.2 La jurisdiccionalización de las relaciones sociales

La transposición en términos jurídicos de conflictos humanos y sociales tiene consecuencias sociales. Lo que antes era reglado espontánea e implícitamente por las costumbres debe ser ahora explicitado formalmente por el juez. De ahí esta jurisdiccionalización de las relaciones sociales. Debiendo justificar en cada ocasión su intervención, la Justicia se lanza a un proceso infinito de enunciación de la norma social. El derecho, por la voz del juez, se compromete en un proceso de nominación y explicitación de las normas sociales que transforma en obligaciones positivas lo que hasta ayer pertenecía al orden de lo implícito, de lo espontáneo y de la obligación social. La ley exige al juez de menores intervenir cuando la salud, la seguridad y la moral de un menor están en peligro. El criterio que dicta su competencia es relativamente claro en lo tocante a la salud física pero, ¿qué pasa cuando se trata de la salud mental? Se demanda, por ejemplo, la intervención del juez porque la madre de un chico de pocos años lo viste con polleras y se dirige a él en femenino, como si fuese una niña. ¿En qué código está escrito cómo debe vestirse y en qué términos debe hablarse a los hijos? El derecho, que se supone debe liberar a los sujetos de las ataduras ilegítimas y artificiales que le impiden ser él mismo, se traduce por una competencia creciente de la Justicia en aquello que se consideraba en otros tiempos el imperio exclusivo de la moral, los usos y convencionalismos sociales o los *folkways*. Algunos autores han creído ver en esto una estrategia del Estado para controlar mejor a los ciudadanos. Según ellos, a fuerza de invadir todas las esferas, el derecho estaría por matar el civismo. De ahí ese recurso creciente a los Tribunales y a todas esas otras soluciones más o menos informales (como los defensores del pueblo y otros ombudsman, las

agencias reguladoras, los órganos de defensa del consumidor y las ventanillas de reclamaciones de todo tipo que se abren cotidianamente) para reanimar *après coup* la sociabilidad difunta.

Conclusiones

El derecho se convierte, así, en la moral *by default*. ¿No estaremos pidiéndole mucho? El derecho enfoca las relaciones sociales a partir de la hipótesis del *bad man*, es decir del contratante moroso, del hijo indigno o del funcionario infiel. Se dice que "el derecho no se mete en la vida de la gente sin problemas". ¿En qué se convierte una sociedad hiperjurisdiccionalizada? En ella la hipótesis del *bad man* tiende a convertirse en la única visión de las relaciones sociales. Allí radica el *impasse* de la democracia jurídica: esta moral sustitutiva no podrá restituir jamás la confianza. Hay siempre una sociabilidad, pero de signo negativo: si se obtiene la reciprocidad ella obedece más bien a la desconfianza. El vínculo social se basa en la sospecha generalizada y en la culpabilización de las relaciones sociales. Se trata de una creencia compartida, pero que descansa sobre la común desconfianza. Las acciones deducidas por mala práctica médica (que aumentan de manera inquietante) son unos de los mejores indicadores de esta degradación de la confianza espontánea en la sociedad democrática, ya que si hay una relación que exige confianza es la que se establece entre médico y paciente.

La Justicia es bombero y pirómano a la vez: con el mismo gesto aleja los individuos unos de los otros, descalificando la autoridad tradicional, y se presenta como la autoridad paliativa de esa ausencia que ella ha contribuido a acentuar. La emancipación democrática, lejos de liberarnos del derecho y de los jueces, nos ha aproximado cada vez más de ellos. El derecho invade la moral, la intimidad y el autogobierno. Esta novedad conmueve profundamente a la Justicia que hasta ahora se limitaba a distribuir estatus y honores, bienes jurídicos y económicos y que, de aquí en más, debe distribuir también papeles sociales o (mejor aún) atribuir su identidad social a los sujetos. ¿Es esto verdaderamente un avance para la libertad? ¿El precio no puede ser exorbitante? Esta situación interpela a la democracia y exige inventar nuevas maneras de proteger y resolver los conflictos de los individuos más frágiles. Pero la tutela *soft* que ya entrevió Tocqueville no es la única consecuencia. También se ve avanzar una especie de criminalización insidiosa del vínculo social. Al entusiasmo de los años 1960-70 por el "hombre nuevo" que la libertad haría mejor, le ha sucedido una visión pesimista que ve en el otro un agresor potencial. Si la Justicia es la nueva escena de la democracia (su sentido, a falta de otro mejor), el derecho penal se convierte en la nueva lectura de las relaciones entre personas cada vez más extrañas las unas de las otras.

Hace algunos años la comprobación del crecimiento del poder de los jueces hubiera hecho estremecer a una franja no desdeñable de la opinión pública que lo habría visto como la muestra de un control social insoportable. Lo esencial no radica allí. El peligro de esta ilusión de la democracia jurídica no consiste tanto en el cacareado "gobierno de los jueces" sino en el "poder de nadie", pues parece que el dogma de la democracia¹ habría sido tomado al pie de la letra. La Justicia debería continuar siendo un poder correctivo. Los poderes negativos de los medios de comunicación de masa y de la Justicia, la incertidumbre normativa y un cierto masoquismo democrático nos hacen correr el riesgo de que, en lugar de la antigua soberanía política, veamos instalarse, no el poder de algunos, sino la vacuidad del poder (con lo que numerosos dominios de la jurisdicción terminarían abandonados a la fuerza ante la mirada impotente de los juristas). Esta nueva idealización de la Justicia en democracia podría servir únicamente "para dar un nombre envidiable a la impotencia" - como dice Marcel Gauchet (2002: 5). De ahí la necesidad de hacer "justicia, a pesar de todo", título de un trabajo que escribimos hace ya una década (ROJO, 2000b) pero que parece hoy de plena actualidad.

¹ Aquel que hacía decir a Claude LEFORT (1986: 27) que el carácter "revolucionario y sin precedentes" de la democracia reside en que, en ella, "el lugar del poder se convierte en un lugar vacío. Lo esencial es que se impide a los gobernantes apropiarse e incorporarse el poder".

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- CARBONNIER, Jean. 2001. *Essais sur les lois*, París: Defrénois.
- EHRENBERG, Alain. 1999, *L'individu incertain*. París: Hachette, col. Pluriel.
- GARAPON, Antoine. 1996. *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*. París: Editions Odile Jacob.
- GAUCHET, Marcel. 2002. "Les droits de l'homme ne sont pas une politique", *in*: Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, París: Gallimard, col. Tel, pp. 1-26.
- LATOURE, Bruno. 2005. *Un monde pluriel mais commun. Entretiens avec François Ewald*. La Tour-d'Aigues: Editions de l'Aube, col. Poche essai.
- LEFORT, Claude. 1986. "La question de la démocratie", *in*: Claude Lefort, *Essais sur le politique (XIX^e – XX^e siècles)*. París: Seuil, col. Esprit/Seuil, pp. 17-30.
- MANENT, Pierre. 1993. *Tocqueville et la nature de la démocratie*. París: Fayard.
- MAILLARD, Jean de. 1994. "Les maux et les causes. A propos de la crise du droit pénal", *Commentaires*, n° 67, pp. 613-623.
- ROJO, Raúl Enrique 2000a. "La justicia en democracia", *Sociologias*, vol. 2, n° 3, pp. 94-126.
- ROJO, Raúl Enrique 2000b. "Justicia, a pesar de todo", *Indice. Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXXIV, n° 20, pp. 363-377.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. 1995 *La democracia en América*. Madrid: Alianza Editorial, 4a. reimpresión, vol. I y II (1835 y 1840).
- TOURAINÉ, Alain. 1992. *Critique de la modernité*. París: Fayard.