

FUNDAMENTOS N.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General
del Principado de Asturias

2014

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO	7
Autores	21

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	57

SEGUNDA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	213

TERCERA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

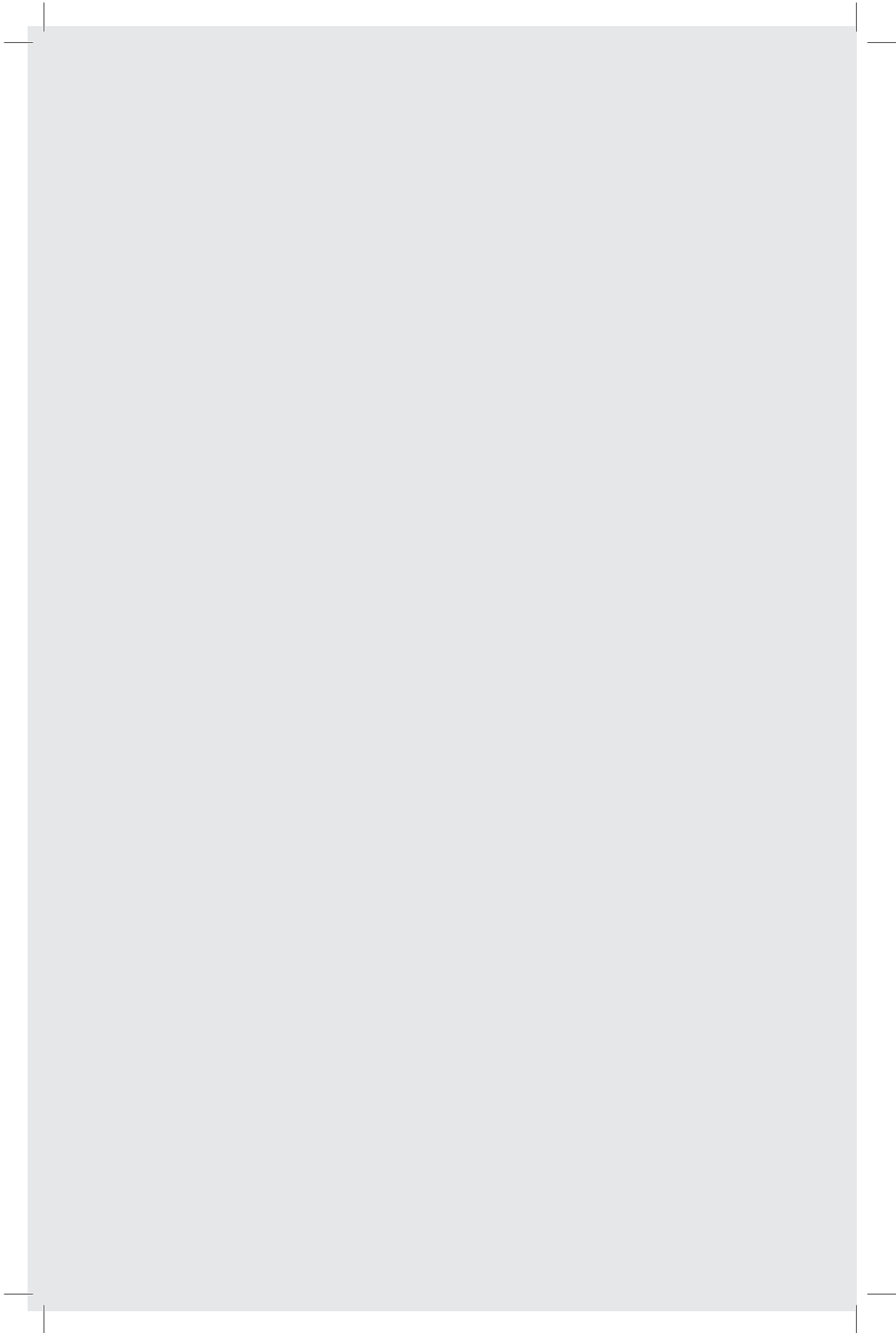
La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	313
Il sublime dell'eccezione. MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA	355

LA FUNCIONALIDAD DE LA LEY EN UN SISTEMA POLÍTICO FRAGMENTADO

Miguel Azpitarte Sánchez

Sumario

- I. El lugar de la Ley en la reconstrucción de la unidad del poder.
Una revisión.
 1. La unidad del poder en el Estado constitucional de postguerra.
 2. La función de la ley en la reconstrucción de la unidad del poder: estado de la cuestión.
- II. La fragmentación del proceso político y la proliferación del procedimiento legislativo en la formación de la unidad del poder.
 1. El Estado compuesto y el conflicto de leyes como expresión de la disputa territorial.
 2. La integración europea y el vaciamiento del sentido político de la ley.
- III. La fragmentación del proceso político y el desplazamiento del procedimiento legislativo en la formación de la unidad del poder.
 1. Los caminos de la democracia de partidos para neutralizar la dicotomía mayoría/oposición.
 2. La técnica y la independencia en la neutralización de la dicotomía mayoría/oposición.
- IV. A modo de conclusión: tres hipotéticos escenarios de futuro.



La ley ha desempeñado históricamente un papel capital en la conservación de la unidad del Estado, albergando el pluralismo y, al mismo tiempo, reconduciéndolo a una decisión vinculante para todos sus destinatarios. Partiendo de esta premisa, en el epígrafe primero quiero tan solo recordar sintéticamente cómo se ha ido componiendo el elemento político que ha significado a la ley en la segunda mitad del siglo veinte. En concreto, pretendo destacar la dicotomía entre la mayoría de gobierno y la oposición, que, a mi parecer, ha dado sentido al lugar de la ley en el sistema de fuentes y la vida política del Estado, canalizado las dosis necesarias de diversidad e integración.

En la segunda y tercera parte del ensayo describo cuatro procesos que se apartan de la racionalidad cifrada en el juego entre mayoría de gobierno y oposición. Lo curioso, y a esto dedico el segundo epígrafe, es que la aparición de nuevos criterios de legitimidad (el interés territorial, la integración supranacional) ha venido acompañada de una proliferación de la fuente ley. Sin embargo, como no puede ser de otro modo, cambiados los presupuestos subyacentes, la ley ve trastocado su sentido inicial, añadiéndole otros significados que, sobre todo, pierden parte de su sustancia política. En la tercera parte abordo otros dos fenómenos que directamente neutralizan el conflicto propio de la dicotomía mayoría de gobierno/oposición. Me refiero, por un lado, a los gobiernos técnicos y de gran coalición, por otro, a la introducción de instituciones independientes en los procesos decisorios.

El contexto actual, al que no le falta suficiente cobertura constitucional, es el de un sistema político fragmentado, donde la ley, y con ella la polaridad mayoría de gobierno/oposición que le es propia, han perdido el monopolio en la reconstrucción de la unidad. Emergen principios de legitimidad que dan un sentido inédito al constitucionalismo. Se abre así un campo de nuevas posibilidades que esbozo en las conclusiones.

I. EL LUGAR DE LA LEY EN LA RECONSTRUCCIÓN DE LA UNIDAD DEL PODER. UNA REVISIÓN

1. *La unidad del poder en el Estado constitucional de postguerra*

La capacidad para sujetar el comportamiento de los miembros de una comunidad política, la motivación de la obediencia y su racionalización jurídica, en definitiva, la formación y el mantenimiento de la unidad del poder es el problema principal del constitucionalismo.¹ La complicación reside en la variable del principio democrático, que exige contestar el punzante interrogante formulado por Rousseau: ¿cómo explicar que el respeto a una regla externa es a su vez manifestación de autogobierno?² El ingenio teórico que pretenderá dar salida a este oxímoron, con desiguales resultados prácticos, será el instituto de la representación, figura que procediendo del derecho romano atravesó el medievo para cobrar ya en tiempos revolucionarios el sentido inesperado³ de hacer presente una magnitud política —el pueblo,

¹ Por todos, K. HESSE, «Concepto y cualidad de Constitución», trad. P. Cruz Villalón, en su recopilación *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, 2011, pág. 37. La teoría del derecho se ha ocupado intensamente de este asunto y una vez más fue la Escuela de Viena la que asumió el reto de darles un tratamiento completo. Sostuvo la existencia del ordenamiento sobre la naturaleza coactiva del derecho, a saber, la ejecutoriedad de sus actos (H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. R.J. Vernengo, 3.ª ed., Porrúa, 1997 (1960), pág. 47.). Autotutela que si bien fue concebida en términos teóricos al margen del Estado, no existió reparo para que fuese un atributo de esta forma institucional, en cuanto que concebible al modo de un ordenamiento (H. KELSEN, ob.cit., pág. 292). Y es gracias a la dinámica jurídica, esto es, a la idoneidad de que una norma para determinar la producción de otras (H. KELSEN, ob.cit., pág. 204 y sigs), la manera en la que se logra trazar una divisoria clara entre la dimensión política y jurídica de la sucesión del poder. Las categorías de legitimidad y efectividad distinguen cuándo una revolución ha generado un nuevo orden, de manera que la efectividad de la norma fundamental que irrumpe se impone sobre la legitimidad del conjunto normativo que sustituye, cuyas reglas de producción no ha respetado (H. KELSEN, ob. cit., pág. 219). Y lo que es más importante, al margen de estos fenómenos al límite, la Escuela de Viena consigue juridificar la sustitución de normas dentro de un mismo ordenamiento a través de la categoría de la derogación, que logra salvar la unidad del sistema normativo y, al mismo tiempo, habilitar la renovación constante de su contenido (A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, F. Deuticke, 1923, pág. 177; y del mismo autor «Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1918).

² Por todos, J-J. ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. M.J. Villaverde, Tecnos, 1988 (1762), pág. 14.

³ Para esta evolución me parece imprescindible G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Giappichelli, 1994, pág. 148 y sigs.

la nación— solo existente en el mundo de las ideas y por ello carente de capacidad de acción política.⁴

Es verdad que, inicialmente, la representación fue diseñada para convivir con el principio de identidad,⁵ propiciando otra distinción, la que separa entre poder constituyente y poderes constituidos.⁶ De este modo, la Constitución debería ser el producto directo del pueblo, que precisamente toma conciencia de sí mismo en ese acto revolucionario.⁷ Pero dado que la revolución permanente es imposible, la representación política y con ella la ley asumió la función de prolongar la unidad en los cauces diseñados por la Constitución.

Sin embargo, como ha sido sobradamente estudiado, el valor de la Constitución irá desvaneciéndose en el continente a lo largo del Siglo XIX. En parte porque el principio de identidad ni traspasa el espacio de la teoría, ni consigue deshacerse del desorden y el terror que lo han acompañado; cede así ante el creciente valor estabilizador de la representación. La ley, bajo el sustento único de la representación o en colaboración con la sanción regia, se convierte en el instrumento que dotará de unidad al sistema político en cuanto que expresión de la voluntad popular.⁸ Más aún, disuelta en términos prácticos la posibilidad de un poder constituyente definido por su identidad con el pueblo, la ley paulatinamente irá conquistando los atributos propios del soberano. No habrá obstáculo para reconocerle el carácter de originalidad, propiciando la confusión entre Asambleas constituyentes y legislativas.

⁴ La bibliografía en este punto es interminable. Con un cierto criterio selectivo, G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, 1960, pág. 66 y sigs. H.F. PITKIN, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967, pág. 92. A. GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática*, Civitas, 1991, pág. 23 y sigs. M. DOGLIANI, «La idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra otto e novecento», *Studi Elia*, Giuffrè, 1998, pág. 539 y sigs.

⁵ Sobre el principio de identidad, C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza Universidad, 1982 (1927), pág. 205 y sigs. G. LEIBHOLZ, «Der strukturwandel der modernen demokratie» (1958), en *Grundprobleme der demokratie*, ed. U. Matz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1973, pág. 193 y sigs.

⁶ Por todos, SIEYÉS, *¿Qué es el tercer estado?*, trad. F. Ayala, Aguilar, 1973 (1789), pág. 71-72.

⁷ Por todos, H. ARENDT, *On Revolution*, Penguin, 1977 (1963), en especial págs. 35 y 125.

⁸ Me parece que sigue siendo ejemplar en una explicación sintética de la evolución de la ley, I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 2.^a ed., 1988 (reimpresión de 1999), pág. 129 y sigs.

Se convierte así en fuente de fuentes, que fija el régimen jurídico de todas las demás.⁹ Y la dinámica del ordenamiento se estructura casi exclusivamente a partir de la idea de fuerza de ley, puesto que ésta, inagotable e ilimitada, renueva el ordenamiento a través de su facultad derogatoria, modificando cualquier acto normativo anterior.¹⁰

Tras la debacle de la Segunda Guerra Mundial, el Estado constitucional afronta el problema de la unidad política valiéndose de los conceptos desplegados durante el liberalismo político, pero sometiéndolos a una revisión a fondo exigida por la necesaria incardinación del pluralismo político que atraviesa la realidad. Se retoma la división entre poder constituyente y poderes constituidos para conceder a la Constitución una normatividad efectiva. Si bien ahora, el poder constituyente ya no se presenta como un instante revolucionario. En gran medida porque la devastación bélica ha hecho tabla rasa imponiendo nuevos comienzos, pero también porque se busca que el momento constituyente componga, antes que una situación de excepción, un contexto de especial legitimidad democrática. Es por ello que desde la segunda mitad del siglo veinte, los actos constituyentes se conciben como una ruptura en el fondo más que en la forma.¹¹ Se dan en ellos al unísono elementos de pluralismo y de unidad. De lo primero, porque para ser exitoso necesita recoger a las diversas fuerzas políticas con relevancia, so pena de excluir del *demos* a una parte sustancial de la sociedad, mermando en origen la función integrativa de la Constitución. Y fenómeno de unidad, pues en la tarea de dar la norma suprema, cristaliza una comunidad política capaz de organizarse jurídicamente.

⁹ Creo que para estas cuestiones es de lectura imprescindible la Introducción de F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, 1991. También, retomando las ideas de éste. J. SÁNCHEZ BARRILAO, «Reivindicando la ley», en prensa.

¹⁰ Los trabajos de referencia en esta deconstrucción siguen siendo A. M. SANDULLI, «Legge. Forza di legge. Valore di legge», en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Vol. V, Cedam, Padova, 1958; F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley», cito por su recopilación en libro del autor *La forma del poder*, 2.^a ed., CEPC, Madrid, 1997; y L.M. Díez PICAZO, «Concepto de ley y tipos de leyes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 47-93, 1988, pág. 67 y sigs.

¹¹ Esta creo es la idea central en B. ACKERMANN, *We the People: Foundations*, Harvard Press, 1991; y se recoge como una experiencia propia del constitucionalismo europeo contemporáneo P. CRUZ VILLALÓN, en su contribución al libro A. VON BOGDANY, P. CRUZ VILLALÓN y P. M. HUBER, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 20 y ss.

Pluralismo y unidad se hacen presentes igualmente en el producto del momento constituyente. La promoción de la diversidad política e ideológica es evidente en los contenidos propios de toda Constitución. Basta con recordar que entre las funciones que han de cumplir los derechos fundamentales, la protección de la minoría es una de las esenciales. El derecho electoral, que cobra un lugar capital en la vida del Estado, va a permitir gracias a la garantía del sufragio universal, que el pluralismo permee las instituciones. Por ello, el sistema de gobierno se explicará certeramente como una interrelación permanente entre la decisión de la mayoría y el control de la minoría. Pero es que la propia estructura normativa de la Constitución contribuye al fomento del pluralismo. La concisión de las disposiciones constitucionales requiere un proceso de concreción, que se acentúa cuando los conceptos utilizados por las reglas constitucionales arrastran consigo una dogmática controvertida, un sentido abierto o se refieren a fenómenos de la realidad susceptibles de cambio. Sin olvidar que el texto constitucional incorpora preceptos que parecen exigir fines antagónicos, cuya proyección específica necesita de un ulterior desarrollo.

La Constitución es un marco para la divergencia a lo largo del tiempo. No por ello, sin embargo, deja de afrontar el reto de la unidad del poder. En ocasiones, la norma suprema apuesta por la precisión, cerrando asuntos que podrían quebrar la unidad alcanzada en el momento constituyente; el texto escrito cobra de este modo una importante utilidad para extraer del espacio público ciertos debates.¹² Pero la contribución decisiva de la Constitución a la reconstrucción de la unidad es la definición de una entidad institucional y ordinamental permanente, que no es otra que el Estado, dentro del cual se van a desarrollar los procesos destinados a concretar la norma suprema. Y es en esos procesos generadores de unidad, donde la ley va ocupar un lugar primordial.

2. La función de la ley en la reconstrucción de la unidad del poder: estado de la cuestión

La importancia de la ley en el sistema de fuentes del Estado constitucional continúa siendo fundamental tras la segunda guerra mundial, ahora

¹² S. HOLMES, «Gag rules or the politics of omission», en J. Elster y R. Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988. D. GRIMM, «Die Zukunft der Verfassung», en su recopilación *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, 1994, pág. 429 y ss. («Entlastungsfunktion»).

bajo la nueva lógica del pluralismo. No obstante, el elemento político de la ley se transforma en virtud de dos hechos jurídico-constitucionales claves: la universalización del sufragio y la predominancia del partido político.

La universalización del sufragio sitúa el momento electoral en el centro de la política. Continúa dando forma a la representación, pero, además, pasa a ser garantía necesaria del pluralismo, su instrumento de canalización primordial, pues a través de él se hacen presentes en sede parlamentaria las distintas corrientes con relevancia social. Además, las funciones del proceso electoral no se acaban en esta conjunción de representación y pluralismo, sino que en muchas ocasiones es también un instrumento encaminado a asegurar la gobernabilidad. Mediante una precisa definición de las unidades electorales o través de fórmulas que potencien a los grupos mayoritarios, la regulación electoral coadyuva a que la toma de decisiones sea posible y, entonces, el pluralismo quede reconducido a esa manifestación de unidad que es la formulación de una voluntad política vinculante para todos.¹³

En cualquier caso, pluralismo y unidad se articulan a través de los partidos durante las elecciones y hasta el siguiente acto electoral. Reconocidos como fenómeno-jurídico constitucional, en una imagen ideal, su libre creación asegura la diversidad en la formulación de la voluntad política. Cumplen así una función esencial de ordenación del proceso político, determinando de manera casi absoluta los asuntos que llenan la agenda y los términos posibles de la discusión.¹⁴ Tal labor se extiende sobre las personas que desempeñan los cargos institucionales, insertándose el partido entre

¹³ Sin ánimo de exhaustividad, sobre las distintas funciones del derecho electoral, véase J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Una visión institucional del proceso electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 63-80, 1993; y A. CABO DE LA VEGA, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, Unam, 1994, pág. 123 y sigs. H. MEYER, «Demokratie Wahl und Wahlsystem», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland - Band II: Demokratische Willensbildung - Die Staatsorgane des Bundes*, dir. J. Isensee/P. Kirchhof, C.F. Müller, 1987.

¹⁴ La bibliografía sobre partidos es inagotable, me limito a citar como referencia inexcusable LEIBHOLZ, ob. cit.; U. SCHEUNER, «Die Parteien und die Auswahl der politischen Leitung im demokratischen Staat», en su recopilación *Staatstheorie und Staatsrecht*, dir. Listl/Rüfner, Duncker&Humblot, Berlin, 1978; K. HESSE, «Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat» en la recopilación del autor *Ausgewählte Schriften*, comp. Häberle/Hollerbach, C.F. Müller, Heidelberg, 1984; y dando una visión imprescindible de la situación en España «Encuesta sobre el control del poder, de los partidos y de los políticos», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 31, 15-66, 2013; J. ALGUACIL GONZALES-AURIOLES, *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons, 2013.

medias del cuerpo electoral y los titulares formales de la tarea representativa. Intervención que es así una reducción del grupo de personas que efectivamente participa en la toma de decisiones, logrando que éstas se mantengan firmes y coherentes. El dominio conjunto del discurso público y de los individuos que han de elaborarlo, se materializa especialmente sobre el momento electoral, de suerte que además de ser un instrumento para la representación, el pluralismo y la gobernabilidad, supone a la vez la elección de candidato y programa, o lo que es igual, producción de gobierno, introduciendo un matiz plebiscitario.

La universalización del sufragio y la mediación clave de los partidos acaban haciendo de la dicotomía mayoría de gobierno/oposición el principio político que articula el modelo constitucional. De un lado tendremos a una magnitud, la mayoría, que en virtud del apoyo electoral se instala en el Gobierno y el Parlamento, haciendo posible la toma de decisiones vinculantes en todo el Estado. Esta clara identificación de la entidad decisoria permite el control y con él la operatividad de otros actores, la oposición, cuya función consiste en controlar y proponer alternativas.¹⁵ Por lo demás, el sistema de gobierno, el de fuentes y los derechos fundamentales son fácilmente comprensible a partir de este criterio. Y en el caso de la ley, veremos como acaba transformando los elementos políticos que la distinguieron durante el Estado liberal, esto es, la representación y el principio de distribución.

En lo referido a la representación, la primera consecuencia evidente es su superación como instrumento que hace presente un fenómeno ideal. El sufragio universal da forma tangible al electorado y obliga a la revisión de las reglas que tradicionalmente habían construido el mandato representativo, concentradas en el estatus constitucional del parlamentario. Puesto que éste daba existencia a la nación, era imposible una relación de sujeción con ella, de manera que se fortalecía al representante, haciéndolo irresponsable jurídica y políticamente. Esta tesis será inviable desde el momento en que el cuerpo electoral es ya una entidad política real que da y quita gobiernos.

¹⁵ La cuestión del control y la responsabilidad en el Estado democrático es otro asunto de tratamiento bibliográfico inabarcable. Para un marco general de los problemas, me permito unas cuantas citas U. SCHEUNER, «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung», en *FS G. Muller*, Mohr Siebeck, 1970; G.U. RESCIGNO, «Responsabilità (diritto costituzionale)», *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1978; M. ARAGÓN, «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 15-52, 1987; J.L. REQUEJO PAGÉS, «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 73-89, 2004.

No obstante, los términos de la solución se ordenarán a través del partido. Por ello, el protagonista principal ya no será el titular del escaño, sino el grupo parlamentario, el partido en la Cámara, capaz de disciplinar la libertad del diputado. Y, en fin, la publicidad del trabajo parlamentario deja de ser una labor a través de la cual las ideas se van puliendo hasta cristalizar en la verdad. La discusión pública ha cambiado su interlocutor, que no es el resto de representantes, sino el elector, siempre con la mira puesta en las próximas elecciones.

El segundo elemento político, el principio de distribución, ha terminado por perder casi toda su utilidad.¹⁶ Recordemos que partía de la clásica división entre Sociedad y Estado, de manera que el ciudadano gozaba de derechos preestatales, potencialmente ilimitados, mientras que el Estado, en cambio, tenía potestades tasadas, destinadas en esencia a asegurar esas libertades, lo que además requería que la intervención se hiciese en términos de generalidad y abstracción. La consecuencia institucional de este elemento político era doble, puesto que de un lado necesitaba la intervención del Parlamento cuando se pretendía regular en esas materias, y, de otro, dotaba de sentido a las restantes funciones estatales, la judicial y la administrativa, que podían ser meramente aplicativas y basadas en la independencia del titular, desde el momento que la norma legal gozaba de la señalada generalidad y abstracción.

Este marco conceptual se viene abajo cuando tras la Segunda Guerra Mundial se transforma el concepto de libertad, que exige ahora del Estado una amplia intervención, correctora de los desequilibrios sociales y promotora de una libertad e igualdad efectiva.¹⁷ Modificada radicalmente la rela-

¹⁶ Sobre el principio de distribución y su significado constitucional, por todos C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pág. 137. En nuestra doctrina queda alguna reminiscencia relevante, como es la tesis defendida en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 11.ª ed., Civitas, pág. 238 y sigs.

¹⁷ Sobre este elemento esencial y su transformación véase K. HESSE, «Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y Sociedad», en el libro del mismo autor *Escritos de derecho constitucional*, P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez (eds.), CEP/ Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011, en especial pág. 124; E.-W. BÖCKENFORDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en el libro del mismo autor *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, sobre su significado práctico pág. 227; y M. GARCÍA-PELAYO, «El Estado Social y sus implicaciones», en el libro del mismo autor *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, particular-

ción Estado-Sociedad, caen con ella sus consecuencias institucionales. La garantía de las libertades no encuentra pie solo en el equilibrio de poderes que conlleva la intervención parlamentaria, sino que, sobre todo, adquiere forma jurídica en virtud de la Constitución normativa. Ésta, además, matiza el contenido de las libertades económicas clásicas, garantizándolas únicamente si cumplen una función social; e incorpora a la par el reconocimiento de derechos fundamentales garantes de la clase trabajadora, así como principios materiales de orden social que han de guiar la acción del Estado.¹⁸

En definitiva, el nuevo concepto de libertad camina anudado al surgimiento de la Constitución normativa, que pasa a ser fuente de fuentes, ocupando la función tradicional de la ley. Además, por expresa habilitación constitucional, la ley va a concurrir con otras fuentes que pese a emanar del Gobierno tendrán el régimen jurídico propio de las disposiciones legislativas. La centralidad de la ley se define ahora por su procedimiento,¹⁹ que es el único de entre las distintas fuentes que hace visible la posibilidad de la alternancia en la dirección política del Estado.²⁰ Es ahí también, por tanto,

mente pág. 21 y ss. Por último, la debilitación de esta distinción explica algunas perturbaciones actuales del derecho público, baste a modo de ejemplo, el penetrante ensayo de G. MAESTRO BUELGA, «Globalización y constitucionalismo débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 137-172, 2001, en especial pág. 160; y A. SUPLOT, «The public-private relation in the context of today's refeudalization», *I-Con*, Vol. 11, núm. 1, 129-145. 2013, principalmente pág. 141.

¹⁸ Por todos, C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado Social*, ppu, 1986.

¹⁹ Sobre el sentido de la reserva de ley, por todos, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, 1992, pág. 104 y sigs. Me parece importante subrayar que, sin abandonar esta concepción formal, recientemente el profesor J. SÁNCHEZ BARRILAO ha propuesto que la centralidad se explique también por su responsabilidad en el cumplimiento de los fines constitucionales, dice expresamente en su trabajo «Reivindicando la ley»: «un paso más allá respecto a la ley desde su dimensión más política y teleológica, en cuanto que instrumento normativo para la realización de los contenidos constitucionales, y en particular en relación a la promoción y al desarrollo normativo de los derechos y las libertades en el marco del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)». Y no se deben olvidar propuestas que han invitado a pensar la ley otra vez desde sus elementos de generalidad y abstracción, L.M. DIEZ PICAZO, «Concepto de ley y tipos de leyes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 47-93, 1988, pág. 83 y sigs; y C. DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, 2000, pág. 108 y sigs.

²⁰ Radicando el centro de la acción política en el momento electoral, la Constitución cristaliza el principio democrático mediante una pluralidad de órganos y la distribución de potestades entre ellos. Todas las fuentes son manifestación de la misma legitimidad constitucional, si bien cada fuente se atribuye a uno y otro órgano, y posee uno u otro régimen

donde hemos de encontrar el fundamento de vinculatoriedad de la ley, que obliga a todos sus destinatarios precisamente por la razón política que la sostiene sobre el andamiaje constitucional: la minoría, el disidente, acepta la obligación definida por la ley porque sabe que esa voluntad es coyuntural en el tiempo, susceptible de ser modificada por futuras mayorías.²¹

II. LA FRAGMENTACIÓN DEL PROCESO POLÍTICO Y LA PROLIFERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA FORMACIÓN DE LA UNIDAD DEL PODER

I. *El Estado compuesto y el conflicto de leyes como expresión de la disputa territorial*

La imagen ofrecida en las páginas anteriores es en los Estados territorialmente compuestos solo una parte del diseño. Sabemos que este tipo de comunidades se caracteriza porque junto al ente central, los periféricos

jurídico, en virtud de razones políticas adicionales. En concreto, la fuente ley se otorga al Parlamento porque de entre todas las instituciones previstas, es la única que necesariamente hace presente la alternancia política.

²¹ Desde esta perspectiva es fácil comprender que la función legislativa se defina constitucionalmente en términos de potestad (S. ROMANO, «Poteri, Potestà», en su libro *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1983; M. BELTRÁN DE FELIPE, «Las potestades administrativas. En especial, las potestades discrecionales», en *Base de conocimiento jurídico Iustel*). A través de este concepto, el soporte político de la ley toma forma jurídica y explica la relación de vinculación con sus destinatarios, que responde a la voluntad unilateral del Parlamento. Es también la idea de potestad la que subraya el carácter inagotable de la función legislativa y con ella el instituto derogatorio, que no es un mero instrumento interpretativo, tal y como se pensó durante mucho tiempo, sino que en verdad es la proyección y garantía en el sistema de fuentes del principio democrático, pues gracias a la derogación es posible el gobierno de las mayorías contemporáneas (Me remito a mi libro *Cambiar el pasado. Posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución*, Tecnos, 2008).

El elemento político de la ley, sostiene, por último, la relación de esta fuente con los actos jurídicos de los otros poderes del Estado. Respecto al Gobierno, el carácter omnicomprensivo de la ley, que puede regular cualquier asunto, delimita la relación con las fuentes gubernamentales con rango de ley, a las que por su origen les quedan vedados ciertos espacios. Restricción mucho más intensa en el supuesto del reglamento, que, allí donde existan reservas habrá de operar siempre sometido a la ley. Sujeción que en forma de imperio también va a organizar la relación del Poder Judicial con la ley, de la cual no podrá apartarse so pena de vulnerar la tutela judicial efectiva. En fin, la reserva de jurisdicción, esto es, el monopolio de control de la ley por el Tribunal Constitucional ha sido en nuestro país, el signo distintivo del especial régimen jurídico de la fuente ley, expresión de su especial naturaleza política.

gozan de una cierta identidad constitucional. A los fines de este estudio, basta con destacar que la norma suprema reconoce ámbitos de actuación separados en atención a los intereses en juego. A partir de ahí, la naturaleza política singular de los entes periféricos se suele articular replicando la estructura institucional prevista para el conjunto. No en vano, es habitual encontrar cláusulas de homogeneidad, las cuales condicionan el sistema de gobierno, en los principios, pero también en el patrón organizativo. Así las cosas, en los Estados compuestos se desdobra la ley con la lógica mayoría/oposición, integrando la pluralidad global y la de los entes periféricos. La ley pasa además a ser garantía de la autonomía política. En efecto, el uso de la ley para regular ciertas decisiones asegura a su productor que no va a estar sometido a controles de oportunidad. Frente a la ley solo cabe el examen jurisdiccional que determina su conformidad con la norma suprema. La ley central y la ley periférica, que gozan *grosso modo* del mismo régimen jurídico, se desenvuelven en paridad institucional y su diferencia responde únicamente a la eficacia territorial y al ámbito competencial.²²

Ahora bien, la existencia de una pluralidad de leyes procedentes de órganos diversos introduce en la dinámica constitucional un conflicto distinto a la típica dicotomía ideológica mayoría/oposición. Ocurre a menudo que la mayoría que gobierna en un ente periférico no coincide con la que ostenta el poder en el centro. Puede darse incluso la situación de que una poderosa mayoría en el centro sea inexistente en la periferia, o viceversa. Y, más aun, es habitual que la coincidencia de mayorías no alivie el riesgo del enfrentamiento, pues la contraposición de intereses territorialmente diferenciados hace que los agentes políticos, pese a estar integrados en el mismo partido, tomen perspectivas distintas. Por ello, esta multiplicación de mayorías y minorías genera un tipo de conflicto sin especial relevancia ideológica. Y a la ordenación de esta disputa, no sirve el instrumento político de la alterancia electoral.²³ Esto explica que en muchas ocasiones la desavenencia

²² Esta es, por ejemplo, la explicación que se ha dado a la ley autonómica en el derecho constitucional español, véase L.M. Díez PICAZO, «Ley autonómica y ley estatal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 63-86, 1989, en especial la nota 60. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Marcial Pons/Institut d'Estudis Autònoms/IVAP, 2001, en especial pág. 71 y sigs. J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, Thomson-Civitas, 2007, pág. 53 y sigs.

²³ La teoría constitucional ofrece así otro tipo de garantías jurídicas y políticas. Dentro del primer orden, lo habitual es estipular un órgano con funciones jurisdiccionales

entre el centro y la periferia acabe tomando la forma de un conflicto entre leyes.²⁴ Lo cual significa que la respuesta final, necesariamente habrá de ser jurídica, determinando qué ley ha de aplicarse en detrimento de las demás. Y en este contexto, las leyes adquieren nuevos significados más allá de la articulación del pluralismo o de la protección de la autonomía política.

La ley central cobra una función de garantía de la igualdad.²⁵ Es común que en los sistemas constitucionales se resuelva el conflicto entre leyes dando al legislador central la potestad de desplazar la regulación periférica, dotando a todo el Estado de un derecho uniforme. O bien, con una solución en la misma dirección pero de menor intensidad, se reconoce al órgano legislativo central la capacidad para identificar determinados ámbitos, que siendo a priori competencia de la periferia, suscitan problemas de discriminación, hecho que habilita la intervención paliativa de la ley central. Y también se hallan modelos que remitiendo la solución definitiva al poder judicial, entretanto prevén una preferencia aplicativa del derecho central. En estos tres supuestos late una misma idea constitucional: ante el conflicto de leyes, ha de imponerse la central, pues en la medida que genera normas de

responsable de aplicar con carácter vinculante la distribución de competencias fijadas en una norma. En la vía política, se busca la participación de las unidades territoriales en las decisiones del conjunto, sean de carácter ordinario o definitorias del funcionamiento del sistema. E incluso en ocasiones se arbitra una potestad de bloqueo, bien con un derecho de veto, que impide la entrada en vigor de nuevas normas, o con una facultad de descuelgue, que limita la eficacia de las nuevas normas en ese territorio.

²⁴ Sabemos, no obstante, que en algunos Estados federales se ha logrado con éxito introducir la representación de los territorios en el procedimiento legislativo, de manera que este reconduce a la unidad tanto la disputa ideológica como la interterritorial. Un ejemplo paradigmático, K. HESSE, «El Estado federal unitario», ob. cit.

²⁵ La función de la ley se ubica así en el más amplio problema de la igualdad, que es siempre capital en todas las organizaciones territoriales. Ocurre, sin embargo, que en ocasiones se estudia como una cuestión ordinamental, por ejemplo, A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, págs. 322 y sigs. También se ha afrontado marcando el acento en la perspectiva de cooperación política y administrativa, por todos, E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, 1986. Otros los han analizado desde el prisma de la ordenación de la economía en M. BALBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1997; y T. DE LA QUADRA JANINI, *Unidad Económica y Descentralización Política*, Tirant lo Blanch, 2004. Y recientemente se ha probado una metodología de raíz histórica, P. BIGLINO CAMPOS, *Federalismo de integración y de devolución*, CEPACO, 2008; y A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene editore, 2012.

aplicación en todo el territorio, es el instrumento adecuado para garantizar la dosis de igualdad que sostiene a todo Estado compuesto.²⁶

En respuesta a la función de igualdad que gana la ley central, la periférica proyectaría un sentido de experimentación, entendida ésta como la posibilidad de ofrecer soluciones distintas ante un problema que comparten las otras unidades territoriales e incluso el ente central.²⁷ Y, además, serviría para resistir u oponerse frente a la intervención unificadora del legislador central. En ambos casos, la ley periférica, dentro del contexto constitucional general, pasa a desempeñar una tarea de oposición o control, cuya misión, conjugando integración del pluralismo y manifestación de autonomía, es también ofrecer al conjunto del Estado, y no solo a la población de su territorio, una forma distinta de gobernar.

La disputa entre intereses territoriales, de este modo acaba por ganar también una dimensión política que, sin embargo, no se expresa en términos partidistas vehiculables a través del procedimiento legislativo, sino que refleja una pugna entre territorios encuadrada bajo un conflicto legislativo. El cambio de contexto es radical y no ha de pasar desapercibido a nadie. Si la ley reconducía el pluralismo a la unidad, ahora esa función es parcial, de suerte que esta fuente, en un orbe de diversidad de leyes, es también instrumento para la expresión de una posición de mayoría que confluye y a menudo choca con otras, que también expresan mayorías. Dadas estas circunstancias, y salvo que el procedimiento legislativo central sea capaz de integrar adecuadamente los intereses territoriales, la resolución del conflicto se desplaza a la potestad del legislador central para imponer su derecho uniforme o a la capacidad de un órgano jurisdiccional para pacificar la controversia con fuerza de cosa juzgada.

²⁶ Cabría, con todo, la posibilidad de que la igualdad se lograra por la vía del mero control judicial, véase los tres modelos que planteo en mi trabajo «Capítulo I. El contexto de la directiva. Principios jurídicos que ordenan el reparto de responsabilidades sobre la producción normativa en la Unión Europea», en *Transposición de directivas y autogobierno: el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el Estado Autonómico*, dir. X. Arzo Santisteban, Col·lecció Institut d'Estudis Autònomic, 2013, págs. 24 y sigs.

²⁷ En principio, la función experimental sería fruto de la voluntad política del legislador. Sin embargo, ya encontramos estructuras federales en las que la experimentación responde a un mandato constitucional, véase L. MICHAEL, «El Estado federal experimental», trad. J.L. Fuentes Osorio, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, 11-30, 2005, pág. 20 y sigs.

En definitiva, el derecho, antes que la política, se convierte en el instrumento primordial que ordena el pluralismo. Y, por tanto, la integración de la diversidad no se sostiene en la legitimidad que brota del procedimiento legislativo. Se apoya exclusivamente en la obligatoriedad de la norma, siendo irrelevante la calidad democrática del procedimiento que la genera, pues, en definitiva, entra en contradicción con otras leyes, que postulan méritos equivalentes.

2. *La integración europea y el vaciamiento del sentido político de la ley*

Es harto conocida la fragmentación del proceso político que emerge en torno a la integración europea. Con ella se constata la insuficiencia de la intervención unilateral del Estado en la resolución de ciertos problemas y toma cuerpo la búsqueda de respuestas mediante la colaboración interestatal.²⁸ No hay duda de que la segunda mitad del Siglo xx es la del Estado constitucional cooperativo, cuyas Constituciones, especialmente en Europa, prevén su apertura a realidades supranacionales.²⁹

Concretamente, la integración europea atiende desde sus orígenes a un criterio de división funcional entre la política y la racionalización de la economía.³⁰ La primera, que le corresponde al Estado, remite a la articulación del pluralismo, construcción del *demos* que se apoya en un fondo de legitimidad clásico, donde la fuente ley ocupa un lugar esencial, tal y como se ha señalado en el epígrafe I. Materialmente, además, al Estado le tocaría asegurar los derechos fundamentales; acometer las medidas de redistribu-

²⁸ Por todos, P. HÄBERLE, «Der kooperative Verfassungsstaat», en su libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker&Humblot, 1998.

²⁹ Sobre la evolución de estas cláusulas M. CLAES, «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las cláusulas europeas en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», trad. Alvaro de Elera, en *Constitución europea y Constituciones nacionales*, dir. Gómez Fernández, Tirant, Valencia, en especial pág. 177.

³⁰ Sobre la función compensatoria, C. JOERGES y F. RÖDL, «Informal politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*», *European Law Journal*, núm. 1, Vol. 15, 1-19, 2009, en especial pág. 8. V.A. SCHMIDT, «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 17-42, 2009, en especial pág. 21. No falta, sin embargo, quien actualmente extiende esa función compensatoria a todo el derecho internacional y la dota de elementos genuinamente constitucionales, A. PETERS, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en *La constitucionalización de la comunidad internacional*, ed. A. Peters, M. Aznar e I. Gutiérrez, Tirant, Valencia, 2010.

ción, esencialmente mediante la potestad presupuestaria, la tributaria y el diseño de la política social; y también desempeñar la función de administración, que implica una reserva de ejecución (incluida la coactiva) en favor de los Estados miembros. En cambio, las Comunidades europeas nacen con el objetivo primordial, todavía presente hoy en la Unión, de levantar un mercado interior que supone quebrar el proteccionismo nacional y organizar un nuevo espacio de intercambio sin barreras. Al centro de esta mecánica se sitúa el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, que toma cuerpo, de un lado, en la garantía de las libertades fundamentales que han de desplazar las medidas estatales que obstaculizan la libre circulación y, de otro, en la defensa de la competencia, que busca eliminar las ayudas de estado y las prácticas empresariales colusorias.

En definitiva, el proceso de integración está llamado a cumplir una función compensatoria, asumiendo la racionalización de la economía y dejando al Estado la organización de la política.³¹ Esta idea estructural impacta necesariamente en el sistema de gobierno de la Unión, que desde su arranque estuvo organizado a través de dos principios extraños a la dicotomía mayoría/oposición, a saber, la democracia nacional y la independencia técnica. Con el primero se quiere asegurar a los Estados un margen de actuación. Para ello, se utiliza el mandato de atribución competencial como eje del sistema, flanqueado, tras Lisboa, por un elenco competencial que lo dota de precisión y por una reserva a favor de los Estados de las competencias no atribuidas a la Unión. Además, se garantiza la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados y el respeto a sus funciones esenciales. Pero la democracia nacional, en lo que ahora nos interesa, opera también en la toma de decisiones de la Unión,

³¹ Es indiscutible, sin embargo, que las soluciones a la crisis económica obligan a replantear la premisa —que la Unión tenga una mera función compensatoria— y sus corolarios —la limitación competencial y la singular naturaleza del proceso político de la Unión—, véase G. MAJONE, «Rethinking European Integration after the debt crisis», *The European Institute, London's Global University*, Working Paper núm. 3/2012, junio 2012, que en especial crítica la separación entre economía y política, pág. 12; J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La constitucionalización de la integración regional europea. ¡Más Europa!: de vuelta a una Constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión», *Estudios de Deusto*, 71-110, 2012, en especial pág. 25 y sigs. C. JOERGES, «Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise», *Der Staat*, Vol. 51, núm. 3, 257-385, 2012. D. CHALMERS, «The European Redistributive State and a European Law of Struggle», *European Law Journal*, núm. 5, Vol. 18, 667-693, 2012. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La mutación constitucional de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96,99-123, 2012.

dando lugar al llamado intergubernamentalismo,³² que reconoce a los Estados una potestad de veto. Indiscutiblemente ha ido perdiendo peso, pero conserva toda su importancia en la reforma del derecho originario y en las reservas que puntualmente hace el Tratado a los procedimientos legislativos especiales y a esa fuente tan particular que son las decisiones necesitadas de aprobación constitucional estatal.³³

En paralelo al principio de democracia nacional, la independencia técnica siempre ha gozado de una relevancia sobresaliente. En la medida que el fin primordial era construir un mercado interior, se hacían imprescindibles instituciones dotadas de neutralidad y capacidad para ejecutar el programa dispuesto en los Tratados.³⁴ Se comprende así plenamente el singular papel de la Comisión, garante de la transparencia y de la competitividad del mercado, cuyos miembros han de ser «[...] elegidos en razón de su competencia general [...] de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia», (art. 17.3 TUE). En el mismo sentido, basta con recordar la histórica tarea del Tribunal de Justicia consolidando el mercado interior a través del aseguramiento de las libertades fundamentales. Y, por último, el

³² Continúan existiendo excepcionales defensas teóricas del intergubernamentalismo, por todos, A. MORAVCSIK, «In Defense of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, núm. 4, Vol. 40, 603-624, 2002. Y, en términos teórico-prácticos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán es un bastión insoslayable, véase mi trabajo «Los confines de la democracia y la solidaridad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014.

³³ Debe además señalarse que la sentencia Pringle ha abierto la puerta a una potenciación del intergubernamentalismo facilitando estructuras jurídico-políticas paralelas a la Unión, que utilizan sus instituciones, pero bien distintas en la medida en que los elementos supranacionales se debilitan, tanto en lo referente a la toma de decisiones, como en lo relativo a la sujeción al derecho, véase en este sentido S. PEERS, «Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework», *European Constitutional Law Review*, núm. 1, Vol. 9, 37-72, 2013, en concreto págs. 49 y sigs.; M. DAWSON y F. DE WITTE, «Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis», *Modern Law Review*, núm. 5, Vol. 76, 817-844, 2013, en especial pág. 830; E. CHITI y P. G. TEXEIRA, «The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 683-708, 2014, págs. 685 y 695.

³⁴ Ya desde un inicio se planteó la función esencialmente regulatoria de la Unión, véase H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, 1972, págs. 194 y sigs. M. EVERSON, «Administering Europe?», *Journal of Common Market Studies*, núm. 2, Vol. 36, 195-216, 1998, pág. 206 y sigs. R. DEHOUSSE, «European Institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or Regulatory structure», *Common Market Law Review*, Vol. 35, 595-627, 1998. Esta perspectiva, además, ha influido decisivamente en la construcción de la independencia técnica como valor general más allá de la Unión, véase el epígrafe III.2.

BCE encaja perfectamente en este paradigma, dado que su posición constitucional también se explica desde la independencia que le permite superar las limitaciones del procedimiento legislativo y de la administración ordinaria en la gestión de la política monetaria.

La división funcional que define a la Unión Europea tiene como consecuencia un sistema de gobierno en el que sus decisiones ordinarias no se construyen a partir de una disputa ideológica subsumible en la dicotomía mayoría/oposición.³⁵ En este contexto, y con la intención de vencer un supuesto déficit de legitimidad, emerge la llamada democracia supranacional, cuyo epítome es el procedimiento legislativo.³⁶ Una vez más, en un contexto de fragmentación política, el imaginario de la ley brota con la intención evidente de evocar valores constitucionales. Sin embargo, el procedimiento legislativo de la Unión está diseñado para difuminar las diferencias y potenciar la decisión por amplio consenso. Varias razones apuntan a esta tesis. La desvinculación entre el momento electoral y la dirección política, conexión típica en los Estados constitucionales, pero que en la Unión se neutraliza por la necesaria intervención del Consejo Europeo en el nombramiento del Presidente de la Comisión y de los Estados en la configuración del colegio de comisarios, a lo que habría de añadirse el acuerdo imprescindible entre los dos grandes grupos presentes en el Parlamento.³⁷ Pierden así los partidos su labor elemental de ordenación y racionalización de la dinámica política en cuanto que no son capaces de ofrecer discursos de mayoría y oposición. De ahí que el procedimiento legislativo sea en verdad el camino para lograr el acuerdo de voluntades de los dos grandes órganos representativos, Consejo y Parlamento, que se hilvana a través de la mediación política de la Comisión.

El acto legislativo de la Unión Europea carece, por lo tanto, del elemento político que tradicionalmente ha singularizado a la fuente ley, pues, no en

³⁵ Sobre la ausencia de conflicto en la Unión, M. DANI, «Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law», *European Law Journal*, núm. 5, Vol. 18, 621-643, 2012. F. BALAGUER CALLEJÓN, «Una interpretación constitucional de la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 449-454, 2013, en especial pág. 453.

³⁶ Aquí la bibliografía es inagotable. Para una revisión general G. TSEBELIS y G. GARRET, «Legislative Politics in the European Union», *European Union Politics*, Vol. 1, 9-36, 2000; R. BELLAMY, «Still in Deficit: Rights, Regulation, and Democracy in the EU», *European Law Journal*, núm. 6, Vol. 12, 725-742, 2006.

³⁷ Un buen ejemplo, sin duda, ha sido la elección de Junker como presidente de la Comisión en la que junto al acuerdo de los jefes de gobierno ha operado también una «gran coalición» —al respecto véase el epígrafe III. I.

vano, su criterio definidor es el equilibrio de intereses orgánicos, antes que la dicotomía mayoría/oposición.³⁸ Sin embargo, conserva algunos rasgos jurídicos típicos de la ley, en concreto aquellos que se despliegan a través de la llamada al acto legislativo.³⁹ De ese modo, la panoplia de reservas que recorre el Tratado de Funcionamiento, desprovista de todo elemento político, acaba por ordenar las relaciones interorgánicas a la luz de un criterio técnico que deslinda los principios permanentes de naturaleza general (abierto a una decisión política) y la respuesta al cambio (solo factible para un órgano de especial competencia).⁴⁰ Y alcanzamos una conclusión similar al pararnos en la reserva de ley prevista para la regulación de los derechos fundamentales en el artículo 52.1 de la Carta. Ciertamente, en este caso, la misión de la reserva es garantizar una densidad necesaria en la regulación del desarrollo del derecho, de suerte que el legislador estatal o la administración actúen con criterios normativos precisos.⁴¹ De nuevo, lo determinante es el elemento jurídico —la garantía de un espacio de libertad—, mientras que el político languidece —la hipótesis de que la mayoría de gobierno desarrolle su idea de los derechos fundamentales—, pues, no en vano, el artículo 51 de la Carta descarta en términos generales esa tarea.

³⁸ En los últimos años se ha vuelto a destacar el equilibrio de poderes como elemento distintivo, G. CONWAY, «Recovering Separation of Powers in the European Union», *European Law Journal*, núm. 3, Vol. 17, 304-322, 2011 y J.M. PORRAS RAMÍREZ, «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, 139-173, 2012.

³⁹ La generalidad y abstracción de alguna forma también integrarían la definición de un tipo de acto legislativo, el delegante, véase el requisito del artículo 290 TFUE.

⁴⁰ Sin duda, se ha querido desde un momento subrayar la dimensión política del acto legislativo, véase desde el Tratado constitucional, R. SCHÜTZE, «Sharpening the separation of powers through a hierarchy of norms?», *European Institute of Public Administration*, Working Paper, 2005/W/01. Y de manera definitiva en la versión final del Tratado de Lisboa, J. BAST, «New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in Eu law», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 885-928, 2012, en especial pág. 887. G. GARZÓN CLARIANA, «Los actos delegados en el sistema de fuentes de derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 721-760, 2011. Confirmando esta idea, la Sentencia Parlamento c. Consejo, C-355/10, EU:C:2012:516. Pero esa distinción entre lo importante frente a lo coyuntural y cambiante, que se hace evidente en la práctica de los actos delegados, en gran medida sigue, creo, la vieja línea que separa lo político de lo técnico.

⁴¹ La «calidad de la ley» se convierte en el problema esencial, véase las Conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón a Digital Rights, C-293/12 y 594/12, EU:C:2013:845, ap. 108 y sigs.

En definitiva, el acto legislativo de la Unión prescinde del sentido político de la fuente ley, pero a la vez se vale de algunos de sus componentes jurídicos. Lo curioso es que tal desustancialización acaba por repercutir en el proceso decisorio estatal. El doble fenómeno ha sido subrayado una y otra vez. Por una parte, los Gobiernos nacionales —punta de lanza de la mayoría de gobierno— al participar en el Consejo se transmutan casi por arte de magia en interés nacional.⁴² Esta circunstancia, se ha señalado insistentemente, debilita el control político;⁴³ pero también da pie a la entrada de la vieja razón de estado, en la cual todo vale en tanto que se obtenga una ganancia patria. De otra parte, la decisión normativa de la Unión, cuando necesita trasposición, se presenta como una necesidad que apenas admite margen de actuación, limitándose el legislador estatal en la mayoría de los casos a una labor técnica que desplaza la dicotomía mayoría/oposición.⁴⁴ En conclusión, acaba por penetrar en el espacio estatal la desideologización típica de la ausencia de un conflicto mayoría frente a oposición, así como la consiguiente tecnificación de la política.

III. LA FRAGMENTACIÓN DEL PROCESO POLÍTICO Y EL DESPLAZAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA FORMACIÓN DE LA UNIDAD DEL PODER

1. *Los caminos de la democracia de partidos para neutralizar la dicotomía mayoría/oposición*

En las páginas anteriores se ha recordado la importancia que para el Estado constitucional ha tenido la incorporación de los partidos al proceso

⁴² F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 91-108, 2013, en especial pág. 93.

⁴³ Me parece que sigue siendo muy útil la explicación histórica sobre la oportunidad de los Gobiernos para escaparse del control de sus parlamentos a través de la toma de decisiones europea, J.H.H. WEILER, «The transformation of Europe», en el libro del autor *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999 (publicado inicialmente en 1991). Y es el principio político de subsidiariedad el que intenta reconstruir la posición de los parlamentos nacionales, respecto al recorrido constitucional de este principio la bibliografía es inabarcable, me remito a P. RIDOLA, «Sussidiarietà e democrazia», en el libro del mismo autor *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giapicheli Editore, 2010.

⁴⁴ La transposición de las directivas abre en realidad un complejo espacio de análisis, como refleja de manera inmejorable X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Capítulo II. Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos», en *Transposición de directivas y autogobierno: el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el Estado Autonómico*, dir. X. Arzo Santisteban, Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms, 2013.

político. Justamente se habla hoy de la democracia de partidos, terminología a la que invitan los propios textos constitucionales al identificar el singular estatus de estas organizaciones entre el espacio social y el estatal, contribuyendo de manera capital a la formación de la voluntad popular y reforzando la lógica mayoría de gobierno/oposición. Sin embargo, recientemente, al calor de la crisis económica, en el entendido de que suponen una respuesta eficaz contra la misma, encontramos formas de gobernabilidad, los llamados gobiernos técnicos y los gobiernos de gran coalición, que introducen nuevos criterios de legitimidad al margen de la dicotomía mayoría de gobierno versus oposición.⁴⁵

A la luz de la experiencia griega e italiana, creo que son varios los rasgos que distinguen a los gobiernos técnicos.⁴⁶ Se originan por impulsos extra parlamentarios y supraestatales. La Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional, algunos de sus Estados, el implacable juicio del mercado de deuda soberana, o bien todos estos elementos a la vez, determinan la inoperancia de la mayoría de gobierno y niegan cualquier confianza como

⁴⁵ Ciertamente, la democracia de partidos conlleva en sí misma una cierta disminución de la importancia del procedimiento legislativo, dado que uno de sus rasgos propios es la preeminencia del Gobierno en la definición del programa de la mayoría. Y además, habitualmente se dan situaciones, sea el gobierno en coalición, sea el gobierno minoritario, en las que la mayoría de gobierno se construye y se define fuera de las Cámaras, que sirven tan solo para dar espacio público a la oposición.

La práctica española es ilustrativa. Bajo gobiernos de coalición, tal y como refleja la experiencia autonómica, la investidura viene precedida de acuerdos programáticos discretos en su formación y públicos en su resultado, fijando en un cierto grado los criterios que dotarán de estabilidad a la mayoría de gobierno (Casi todos los gobiernos de coalición son postelectorales, J. M. RENIU I VILAMALA, «Hacia una tipología de los gobiernos autonómicos en España, 1980-2003», *Autonomies*, núm. 30, 27-56, 2004, en especial pág. 37. Con una perspectiva de detalle AA.VV., *Los gobiernos de coalición de las Comunidades Autónomas españolas*, ed. J.M. Reniu, Atelier, 2014. Y tiene un gran interés el Observatorio de los Gobiernos de Coalición en España, donde se recogen muchos de los acuerdos de coalición). Por otro lado, los de gobierno de minoría en España también han supuesto un incremento de la relevancia de los acuerdos extraparlamentarios, como demuestran los pactos con las fuerzas nacionalistas que utilizó el Presidente González en dos de sus legislaturas y al que le dio continuidad el Presidente Aznar en su primer cuatrienio, o la geometría variable utilizada por el presidente Zapatero.

⁴⁶ Para una recapitulación de la formación del reciente gobierno técnico en Italia, véase T.E. FROSINI, «Anatomia e anomalia di un governo tecnico», *Ianus*, núm. 7, 267-278 2012. Un recuento histórico de los gobiernos técnicos en Italia F. MARONE, «Prime riflessioni sul governo tecnico nella democrazia maggioritaria italiana», 2012, disponible en <<http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/11/MaroneDEF.pdf>>

alternativa a la oposición. La reconstrucción de la gobernabilidad necesaria para implantar los programas de saneamiento, no se articula a través del momento electoral, sino que las propias instituciones internacionales propician la constitución de un gobierno técnico.⁴⁷ Por tanto, este tipo de Ejecutivo se compone de actores cuyo pedigrí político se ha forjado fuera del Parlamento y cuya supuesta competencia se impone sobre la legitimidad que venían dando las elecciones. Así las cosas, las Cámaras quedan en la práctica neutralizadas: el Gobierno se siente solo subsidiariamente responsable ante los representantes; la oposición percibe que han sido esterilizados los instrumentos de responsabilidad política, que podría causar un cambio de gobierno o forzar la convocatoria de nuevas elecciones.⁴⁸ Toda la dinámica de gobernabilidad queda fuera del sistema parlamentario, sin que sean fácilmente conocibles los criterios sustitutivos.

Es el escenario alemán, con su significativa relevancia contemporánea, el que ofrece un ejemplo tangible del modelo gubernamental de gran coalición. En él, uno de los partidos en condiciones de componer por sí solo el Ejecutivo, o que le bastaría armar una coalición con grupos minoritarios, opta, sin embargo, por asociarse al otro gran partido del arco parlamentario.⁴⁹ Las razones de esta decisión son lógicamente difíciles de aislar, pero se suele invocar la oportunidad de una dirección política estable o la necesidad de generar reformas estructurales que requieren de un acuerdo amplio. En consonancia con el modelo visto en el párrafo anterior, los gobiernos de gran coalición se caracterizan en todo caso por desplazar el centro de gravedad fuera de las Cámaras,⁵⁰ bien a los partidos o bien al propio Ejecutivo. Los términos iniciales del acuerdo de gran coalición se suelen fijar en

⁴⁷ La emergencia no admite el recurso al momento electoral, R. MANFRELOTTI, «Profili Costituzionali del Governo técnico», *forumcostituzionale.it*, 2013, pág. 16.

⁴⁸ En el mismo sentido, MANFRELOTTI, *ob. cit.*, pág. 21.

⁴⁹ Para un recuento de las razones exógenas y endógenas que han propiciado históricamente grandes coaliciones en Austria y Alemania, véase G. STROHMEIER, «Große Koalitionen in Deutschland und Österreich», *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, núm. 1, 5-37, 2009, págs. 12 y sigs.

⁵⁰ Sobre las consecuencias en relación al control parlamentario, y en especial las posibilidades de readaptar las mayorías para constituir comisiones de control o el control de normas, me remito al dictamen para el caso alemán elaborado por P. CANCEK, «Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition - Anforderungen des Grundgesetzes Kurzgutachten», disponible en <https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/innenpolitik/131016_Grosse_Koalition_Kurzgutachten_Cancik.pdf>

un documento programático que ha de orientar las relaciones entre los dos partidos gubernamentales. Y es ahí, en el espacio del Ejecutivo, donde se van a resumir las posibilidades de la alternancia, en un contexto paradójico donde los partidos además de gobernar juntos aspiran a marcar acentos singulares. El equilibrio entre uno y otro, el propio funcionamiento de la gran coalición, se rige por criterios inciertos que se van construyendo de forma espontánea y que, en todo caso, están absolutamente desformalizados y son ignorados por el elector. La oposición jurídicamente ordenada, aquella que se despliega en el Parlamento, queda bloqueada, dado que su tamaño la hace irrelevante para promover una crítica que desemboque en una verdadera alternancia. La confrontación entre mayoría y oposición como sustrato de la posibilidad de cambio en la dirección política del Estado pierde toda sustancia parlamentaria y las Cámaras (y su ley) pasan a cumplir una función de pura convalidación.

Pese a su diferencia, el gobierno técnico y el gobierno de gran coalición comparten una serie de rasgos estructurales.⁵¹ En ambos casos, la formación de la mayoría de gobierno y la correlativa oposición se desvinculan del momento electoral. Resulta así difícil encontrar una línea que ligue las opciones de gobernabilidad expuestas en la campaña y el resultado efectivamente producido con la dinámica postelectoral generada por los partidos en el caso de la gran coalición u otras instituciones constitucionales para el gobierno técnico. A consecuencia de ese desacople entre las elecciones y mayoría de gobierno, la posibilidad de la alternancia queda difuminada. En el gobierno técnico porque las fuerzas parlamentarias han sido soslayadas y en el de gran coalición porque la oposición es reducida a lo testimonial. La mecánica decisoria y los equilibrios propios de toda acción de gobierno se mueven fuera del Parlamento y de este modo pierden su marco de racionalización jurídica. Se conoce su resultado, pero se ignora cómo se ha fraguado esa posición final, cuáles han sido los argumentos o perspectivas políticas que se han puesto en discusión. En este contexto, la posición constitucional de la ley necesariamente ha de variar. Pierde su virtualidad para la confrontación constructiva de la mayoría y la oposición y, cuando no es desplazada por fuentes de origen gubernamental, se convierte en un procedimiento a plena disposición de la mayoría.

⁵¹ FROSINI, ob. cit., pág. 277, señala la conexión lógica que existe entre los gobiernos técnicos y los de gran coalición.

Los modelos del gobierno técnico y del gobierno de gran coalición, en definitiva, introducen un nuevo paradigma cuyo elemento distintivo radica precisamente en ahogar el conflicto nacido de perspectivas distintas relativas al planteamiento y solución de problemas públicos. Más aún, el gobierno técnico y el gobierno de gran coalición se apoyan en el descrédito del fenómeno político, al que a menudo se tacha de ser incapaz de lograr decisiones operativas. Desde este punto de partida, son tres al menos las ideas llamadas a fraguar esta realidad. Primero, la de eficacia, puesto que estos tipos de gobernabilidad que esterilizan la disputa son capaces de tomar decisiones, incluso si estas conllevan importantes sacrificios para la ciudadanía. Segundo, la idea de necesidad,⁵² que logra dibujar un contexto donde no parece haber alternativas y se hace imprescindible una dirección política unánime, con fuerza para alcanzar el único fin posible. Y, en tercer lugar, se vale del pedigrí del consenso, tan útil en los excepcionales momentos constituyentes, pero que es la antítesis de la confrontación cotidiana que ofrece la dicotomía mayoría-oposición. Eficacia, necesidad y consenso aparecen así como elementos capaces de originar una nueva legitimidad constitucional que necesariamente ha de modificar el lugar de la ley en el sistema de fuentes.

2. La técnica y la independencia en la neutralización de la dicotomía mayoría/oposición

A lo largo del último tercio del siglo xx⁵³ se pone en práctica una idea que ronda desde la crisis del petróleo de los años setenta, reforzada definitivamente en Europa tras la caída del muro, y que reivindica la reducción de la presencia directa del Estado en la provisión de bienes y servicios, a favor de una concepción que confía en el funcionamiento competitivo de los operadores privados. Esta nueva circunstancia no supone el fin del poder público en el ámbito económico, sino su reubicación, pues ahora se concen-

⁵² E. GUILLÉN LÓPEZ, «La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 21, 2013.

⁵³ Ya están presentes estas técnicas a finales del diecinueve, al respecto O. LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, Mohr Siebeck, 1997, págs. 68 y sigs. Para una revisión de la expansión de las agencias independientes y su relevancia constitucional, creo que sigue siendo esencial el trabajo de M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, 2002, para el dilema constitucional, pág. 31.

tra en definir y asegurar las condiciones que hacen eficiente a cada mercado. Así, frente a la naturaleza transformadora de la acción estatal, que se había considerado un elemento distintivo de la era postindustrial, se pasa a subrayar su dimensión garantista.⁵⁴ La doctrina ha elegido para la definición de esta nueva perspectiva un calificativo general, el del Estado regulador,⁵⁵ con la intención precisamente de subrayar la función ordenadora, que, sin ser inédita, es ahora su esencia en detrimento de otras. A su vez, esta magnificación de la tarea clásica de intervención va a permitir paulatinamente que las agencias independientes, consideradas el instrumento imprescindible del Estado regulador, rebasen el espacio mercantil y se expandan en otras áreas, algunas incluso de sentido constitucional clásico, como son los derechos fundamentales.⁵⁶

Al igual que en los epígrafes anteriores, lo que más me interesa es mostrar cómo la teoría de la regulación incorpora un presupuesto de legitimidad que se desvía del principio político propio de la democracia constitucional. La idea del Estado regulador surge específicamente para superar lo que se consideran insuficiencias de la lógica de la alternancia y su instrumental de la mayoría y la oposición.⁵⁷ En concreto, se sostiene que es incapaz de generar las mejores opciones técnicas y, además, padece serias dificultades

⁵⁴ Por todos, J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante», en *Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho administrativo*, Thomson, 2007.

⁵⁵ Valga como ejemplo, G. MAJONE, «The regulatory state and its legitimacy problems», *West European Politics*, núm. 1, Vol. 22, 1-24, 1999. M. LODGE, «Regulation, the Regulatory State and European Politics», *West European Politics*, núm. 1, Vol. 31, 280-301, 2008; D. LEVI-FAUR, «Regulation & Regulatory Governance», *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper núm. 1, 2010.

⁵⁶ Por ejemplo, nuestra Agencia Española de Protección de Datos o la *European Union Agency of Fundamental Rights*.

⁵⁷ En esta crítica a las limitaciones de la democracia constitucional es indiscutible la influencia de la teoría económica de la elección pública, por todos A. DOWNS, «An economic theory of political action», *The Journal of Political Economy*, núm. 2, Vol. 65, 135-150, 1957; J.M. BUCHANAN y G. TULLOCK, *El cálculo del consenso*, trad. J. Salinas Sánchez, Planeta Agostini, 1993 (1962), en especial pág. 125; R. A. POSNER, «Theories of Economic Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management and Science*, núm. 2, Vol. 5, 335-358, 1974, en especial pág. 344. Y creo que merece la pena como revisión de la evolución de este pensamiento y su crítica, P. J. BOETTKE, C. J. COYNE, P. T. LEESON, «Saving government failure theory from itself: recasting political economy from an Austrian perspective», *Constit Polit Econ*, Vol. 18, 127-143, 2007.

para mantener las decisiones en el tiempo.⁵⁸ Los procesos normativos del Estado constitucional apenas generan consistencia y calidad debido a la importancia del momento electoral en la democracia contemporánea. La imprescindible temporalidad en el ejercicio del poder provoca incentivos perversos que impulsan al partido en mayoría a tomar decisiones cortoplacistas, que no buscan el interés general, sino la rentabilidad electoral. A su vez, la posibilidad de la alternancia da al debate político una naturaleza polar, de suerte que la oposición, cuando alcanza el Gobierno, tiende a revisar las medidas del predecesor.

La esencia del Estado constitucional es el equilibrio entre rigidez y cambio. Se necesita permanencia en aquellas cuestiones que definen la comunidad política; fuera de estos asuntos cualificados, la mudanza es la manifestación necesaria de la alternancia. Desde una perspectiva jurídico-económica, sin embargo, la variación fruto del momento electoral se considera en ocasiones una perturbación. En efecto, si aceptamos que los agentes económicos se comportan potencialmente como entes racionales, las modificaciones del marco regulatorio generan un riesgo imprevisible o al menos difícilmente cuantificable en la medida que no responden a criterios de oferta y demanda. La resistencia a las variaciones, la exigencia a la dirección del Estado del mantenimiento de sus diseños normativos, es un intento de defender las inversiones frente a la transformación característica de toda democracia. Ahora bien, este dilema entre poder político y poder económico, que tradicionalmente se había resuelto a favor del primero, a quien correspondía trazar el encuentro entre interés general e inversión privada, se transforma radicalmente en aquellas creaciones jurídicas que trascienden al Estado y formulan un espacio de libre circulación de capitales. Dada la veloz movilidad del dinero, la competencia de los Estados en busca de la inversión necesaria se convierte en una cuestión clave si los poderes públicos quieren cumplir con sus fines básicos;⁵⁹ y la estabilidad regulatoria es un valor cualificado, so pena de experimentar una huida de capitales que

⁵⁸ Desde una perspectiva teórico-práctica, véase por todos J. STIGLITZ, «The Private Use of Public Interests: Incentive and Institutions», *Journal of Economics Perspectives*, núm. 2, Vol. 12, 3-32, 1998, en especial, en lo relativo a la dificultad para mantener los acuerdos, pág. 8.

⁵⁹ P.C. CERNY, «Paradoxes of the Competition State: the Dynamics of Political Globalization», *Government and Opposition*, núm. 2, Vol. 32, 251-274 1997; T. FUGNER, «The State, international competitiveness and neoliberal globalization: is there a future the competition State?», *Review of International Studies*, Vol. 32, 165-185, 2006.

desfigure la dimensión social del Estado. En estas circunstancias se hacen acuciantes los interrogantes del Estado constitucional, su democracia y, por ende su ley, para dar continuidad en el tiempo a las decisiones regulatorias.⁶⁰

El Estado constitucional también padece limitaciones en la generación de decisiones técnicamente adecuadas, subrayándose aquí su dificultad para asimilar los múltiples factores en juego y el detalle de la respuesta oportuna. Frente a la política, llamada a delinear soluciones de principio, se dice que los mercados y otros espacios de incertidumbre requieren una respuesta desde la técnica, que, huelga decirlo, se piensa habitualmente como un ámbito con su propia racionalidad,⁶¹ ajena e invariable a las urgencias del momento electoral. En esta perspectiva, el Parlamento y la legislación se revelan funcionalmente insuficientes. La tendencia de la ley a la abstracción y generalidad, inclina a definir soluciones marco; aunque ciertamente las Cámaras dicten leyes de detalle o ejecutivas, es difícil imaginar que los procedimientos legislativos, siquiera en su tramitación urgente, atienden la velocidad reguladora que requieren los mercados. Además, la función legislativa es extraña a esa mezcla de potestad normativa y ejecutiva que caracteriza la ordenación de algunos sectores, donde regulador y aplicador tienden a reunirse en un solo órgano. Finalmente, suele señalarse que los Parlamentos carecen del personal técnico competente; más que un déficit de capacidad, lo que se quiere indicar es que no poseen la especialización que da la continuidad en el tratamiento permanente de ciertos problemas, algo que solo se alcanza con una burocracia singularmente destinada a lidiar de forma mantenida con esos asuntos.⁶²

⁶⁰ Con distintas vestes se vuelve a hacer presente un debate clásico en el constitucionalismo contemporáneo, iniciado con la acerba crítica que cuestiona la disolución del Estado de Derecho en el marco del Estado social, por todos, E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 2.^a ed., C.H. Beck, 1976. Entonces la respuesta brotó de una nueva comprensión de la norma constitucional, A. HOLLERBACH, «Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 85, 241-270, 1960. Hoy, la pregunta es saber si existe una teoría constitucional capaz de explicar la función de la Constitución ante esta supuesta pérdida de estabilidad.

⁶¹ Resulta imposible dar cuenta de la bibliografía que ha analizado la relación entre racionalidad técnica y política. No quiero dejar de citar, sin embargo, para un acercamiento amplio que marca el territorio de análisis M. WEBER, *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, Alianza Editorial, 1967 (1919). U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, 1986, en especial pág. 254 y sigs. D. TORGERSON, «Between knowledge and politics: Three faces of political analysis», *Policy Science*, Vol. 19, 33-56, 1986.

⁶² M. MAGGETTI, «Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: a Critical Review», *Living Reviews in Democracy*, Vol. 2, 2010, <<http://democracy.liv->

Ahora bien, ¿dónde radican las dificultades del Gobierno para afrontar la regulación de los mercados y esos otros ámbitos que exigen una gran cualificación técnica? El Ejecutivo, a diferencia del Parlamento, a priori sí está dotado de mecanismos para dar una respuesta rápida, conjugar lo normativo con la aplicación y dotarse de un complejo funcional que cuyo modo de selección y su permanencia deberían garantizar niveles de pericia para afrontar los asuntos más complejos. Sin objeción alguna a esta circunstancia, los estudiosos del Estado regulador vuelven a situar el problema en la naturaleza política del Gobierno y su Administración, cuya conexión con el momento electoral acaba por debilitar los atributos que permitirían decisiones técnicas.⁶³ Por lo demás, cada nueva mayoría suele remover la dirección profesional de la Administración, buscando una correa de transmisión política que acaba cercenando en parte la consolidación necesaria. Y puede ocurrir incluso que el propio personal en el servicio público, por mor de su promoción profesional, introduzca variables políticas que menoscaben su criterio técnico. Pero más aún, tal y como han señalado algunos estudiosos, los mismos titulares de la dirección política encuentran en la delegación a las agencias reguladoras una vía de escape frente a problemas que pueden generar un alto coste. La ubicación de la potestad decisoria fuera de la Administración ordinaria funcionaría como un irónico camino tomado para escamotear la responsabilidad.⁶⁴

La independencia, que va desde las agencias reguladoras a las protectoras de derechos fundamentales, pasando por el hito de los bancos centrales, pretende ser el instrumento que dentro del Estado constitucional afronte el déficit de consistencia y calidad técnica. La respuesta consiste en atribuir a un órgano separado de la administración ordinaria amplios poderes normativos y ejecutivos que desempeña desligados de los electores y sus representantes. El nuevo presupuesto de legitimidad, que se yuxtapone a la dicotomía mayoría versus oposición, supondría la introducción de una variación en la división de poderes. Frente a la alternancia vinculada al

ingreviews.org/index.php/lrd/article/view/lrd-2010-4/30». Explicación que ha encontrado incluso su manifestación en la propia jurisprudencia, por ejemplo, en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, G. LAWSON, «The rise and rise of the administrative state», *Harvard Law Review*, Vol. 107, 1231-1254, 1994.

⁶³ L. LESSIG y C. SUNSTEIN, «The President and the Administration», *Columbia Law Review*, núm. 1, Vol. 94, 1-123, pág. 108 y sigs.

⁶⁴ M. MAGGETTI, ob. cit.

momento electoral, el Estado constitucional contaría con instituciones en las que precisamente la distancia de las elecciones se justifica en aras a lograr resultados normativos perdurables y ajustados a la complejidad de los problemas.

Es una independencia que, por tanto, encuentra su razón de ser en la función a la que sirve. Se trata de una amplia atribución de poderes que agrupa la potestad normativa de desarrollo y la ejecutiva, dentro de la cual destacan las medidas de tutela general de la norma, pero también tareas cuasi judiciales encaminadas a resolver conflictos entre partes. Además, los poderes que ostenta la agencia no responden a la mecánica tradicional de la delegación, limitada en el tiempo y en la que el órgano delegante conserva facultades políticas de control.⁶⁵ Es en verdad una atribución que la agencia desempeña con una amplia autonomía dentro del marco de la regulación que ha configurado la ley. Goza, además, de una cualificada rigidez, pues aunque formalmente está articulada por la ley, a menudo responde a una exigencia del Derecho de la Unión.

Esta nueva forma de división de poderes altera asimismo la dinámica del control.⁶⁶ Sin duda, permanece incólume el jurisdiccional, ejercido a partir del parámetro predeterminado por la norma. No obstante, es obvio que el alto grado de independencia al servicio de una vasta atribución de poderes, ha de corresponderse lógicamente con un generoso margen de discrecionalidad en la regulación y tutela, modulando la intensidad del examen judicial. Igualmente, esa independencia aminora la virtualidad el control político en forma parlamentaria. Las Cámaras podrán solicitar información y comparencias, incluso participar en el nombramiento, pero habitualmente carecen de instrumentos cuya consecuencia sea la remoción de la dirección o la modificación de la política reguladora de las agencias.

Dado este contexto, se han configurado nuevas vías de control que confluyen en el principio de buen gobierno. Mientras que en el examen judicial y parlamentario, el resultado de la acción suele ser el elemento primordial

⁶⁵ Me refiero al trabajo pionero de G. MAJONE, «Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance», *European Union Politics*, núm. 2, Vol. I, 103-122, 2001.

⁶⁶ J. BLACK, «Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects», *Law, Society and Economy Working Papers*, 15/2012, London School of Economics and Political Science. K. N. BROWN, «Government by contract and the structural Constitution», *Notredame Law Review*, núm. 2, Vol. 87, 491-536, 2011, en especial pág. 520.

de evaluación, en las actividades de las agencias el vigor de este elemento se desvanece. En parte porque, como ya se ha visto, queda fuera del contraste de alternativas que define la dinámica política. Pero también porque los innumerables actores que participan en un sector diluyen las relaciones de causalidad entre la acción de las agencias y el estado del mercado. Sin olvidar que la independencia trufada de excelencia técnica es muy resistente a la crítica, pues se aprovecha del manto de certeza que suele acompañar a la acción científica. Se vira entonces hacia un control centrado en verificar que la toma de decisiones cumple con los requisitos formales que han de garantizar un resultado óptimo. La apertura del procedimiento a todos los interesados y la transparencia en la toma de decisiones son los parámetros esenciales a través de los cuales se busca que la decisión reguladora quede indemne frente a la influencia de intereses espurios.

Esta lógica del control basada en la apertura del procedimiento sienta la base para nuevos principios de legitimidad, que va, sin solución de continuidad, de la teoría de la regulación a la llamada gobernanza.⁶⁷ La existencia de entidades ejecutivas independientes dotadas de amplios poderes es terreno abonado para que los interesados participen en el diseño normativo, de suerte que la ordenación de un sector ya no resulta del mandato cierto de una ley que marca hitos claros en la ejecución de una Administración sometida al control parlamentario. Ahora, Administración y administrado cooperan en la búsqueda de las mejores soluciones, minimizando el peso del principio de jerarquía. Por ello, pese a que los ámbitos de ordenación sigan teniendo como referencia inicial una ley parlamentaria, a menudo ésta abre la puerta a que los criterios determinantes tomen la forma de un *soft law* nacido de esas relaciones recíprocas entre poder público y privado. Más aún, en ocasiones se dejará que este último autorregule su espacio de actuación. Se habrá alcanzado así un supuesto círculo virtuoso en el que la legitimidad ya no depende de una ley que logra simbolizar la voluntad

⁶⁷ Sin embargo, algunos autores intentan marcar una diferencia, véase el importante trabajo de O. LOBEL, «The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought», *Legal Studies Research Papers Series*, núm. 7-27, University of San Diego, 2005. Sobre la genealogía del concepto de gobernanza, C. TOLLEFSON, A.R. ZITO, F. GALE, «Symposium overview: conceptualizing new governance arrangements», *Public Administration*, núm. 1, Vol. 90, 3-18, 2012. No obstante, desmitificando el concepto de gobernanza en tanto que obra académica más que práctica K. H. GOETZ, «Governance as a Path to Government», *West European Politics*, núm. 1-2, Vol. 31, 258-279, 2008.

general, sino que emerge a través de normas en las que los propios destinatarios han participado sin mediación representativa alguna.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: TRES HIPOTÉTICOS ESCENARIOS DE FUTURO

En el constitucionalismo contemporáneo, la ley, ni tiene la función única de reconstruir la unidad del Estado, ni posee tal responsabilidad de manera exclusiva. Ocurre así incluso en los Estados compuestos, donde la proliferación de la ley no oculta su debilidad para articular un nuevo tipo de conflicto, el territorial, que no se deja organizar a través de la lógica mayoría de gobierno/oposición propia del procedimiento legislativo, sino que acaba estructurándose fuera del espacio de la política, normalmente en sede judicial. Por otro lado, el proceso de integración europea rompe desde sus inicios con el juego mayoría de gobierno versus oposición, en favor de otros presupuestos de legitimidad, sea la democracia nacional o el criterio de la independencia técnica. El posterior reconocimiento del acto legislativo no introduce en la Unión, sin embargo, el elemento político propio de esta fuente; asume algunos de sus rasgos jurídicos clásicos —la reserva, la densidad reguladora— pero responde a una razón distinta, el equilibrio interorgánico.

La despolitización de la fuente ley se completa con las nuevas dinámicas de gobernabilidad y la consolidación de órganos caracterizados por su independencia. En el primer caso, los gobiernos técnicos y los gobiernos de gran coalición directamente neutralizan la dicotomía mayoría de gobierno versus oposición; y la ley pasa a tener un mera naturaleza convalidadora de las decisiones adoptadas fuera del Parlamento. En el segundo supuesto, la necesidad de crear órganos al margen del circuito político y dotados de una especial competencia profesional es una respuesta que simple y llanamente niega a la mayoría de gobierno y a la oposición la capacidad para afrontar determinados problemas que necesitan soluciones duraderas en el tiempo y de cierta sofisticación. La ley se hace así prescindible, sustituida por nuevas formas de regulación donde productor y destinatario de la norma cooperan en la ordenación del correspondiente sector.

No estamos, sin embargo, ante un proceso de descomposición constitucional. Es muy importante subrayar que los cuatro fenómenos estudiados suelen tener un expreso reconocimiento constitucional —Estado compuesto, integración europea y agencias independientes— o no están prohibidas por la norma suprema —gobiernos técnicos o grandes coaliciones—. Por tanto,

el lugar actual de la ley responde a una serie de dinámicas que anidan en el propio texto constitucional y debemos así concluir que junto al principio democrático encarnado en la dicotomía mayoría de gobierno/oposición, existen otros presupuestos de legitimidad de igual valor constitucional (la articulación de intereses territoriales, la cooperación del Estado en la solución de problemas supranacionales y la independencia técnica).

Es posible que durante las próximas décadas estos paradigmas convivan en yuxtaposición equilibrada. Este primer escenario requiere una labor dogmática de comprensión, en la que corresponde al constitucionalista el estudio de los rasgos distintivos de cada uno de los procesos de decisión, así como la relación constitucionalmente adecuada entre ellos.⁶⁸ Pero es evidente que existe la posibilidad de un segundo horizonte, donde se intensifiquen los modelos que prescinden del eje mayoría de gobierno/oposición. En él, la predominancia del conflicto interterritorial, sea dentro del Estado compuesto o de la integración europea, camina a la par de las soluciones de carácter técnico, bajo la idea de que este criterio ofrece la neutralidad necesaria para pacificar tales desavenencias. Los rasgos de este escenario creo que ya estaban anunciándose con claridad en el contexto previo a la crisis económica. Se percibía entonces una clara reducción de los temas que ocupaban el espacio público, dejados cada vez más en manos de los expertos, entre los cuales se encontraba la propia clase política, concebida como un cuerpo de especialistas. La diversidad, el pluralismo, el conflicto, se estaban recluyendo en la vida privada del ciudadano y su exposición pública se canalizaba principalmente a través del consumo, sin duda, la libertad de la postmodernidad.

La crisis económica ha servido para recordar que el ser humano acaba resistiéndose a modelos de gobierno en los que percibe abuso de poder. Entonces emerge el deseo de participación y con él se reaviva el conflicto.

⁶⁸ Me parece imprescindible remitirme aquí al trabajo ya citado del profesor J. SÁNCHEZ BARRILAO, «Reivindicando la ley», en el que propone un escenario donde la pérdida de significación política de la ley empuja al ciudadano a buscar en la judicatura el reconocimiento de derechos. Nos advierte, sin embargo, de que este problema clásico toma ahora tintes novedosos porque el juez (también el ordinario) ya no actúa rozando los márgenes de su función, sino valiéndose de una panoplia de normas de otros ordenamientos capaces de desplazar la aplicación de la ley. Dogmáticamente, ahora es insuficiente centrar la cuestión en el estudio de los límites de la tarea jurisdiccional; el verdadero interés radica en cómo maximizar los derechos subjetivos a partir de un sistema jurídico compuesto de múltiples ordenamientos.

Dadas estas circunstancias es plausible imaginar un tercer marco de futuro en el que se reacciona frente a la pérdida de funcionalidad de la ley. Una confirmación obvia es el apogeo que, al menos en nuestro país, está viviendo la expresión popular de disconformidad o la reivindicación de la toma de decisiones a través de referéndum. Lo interesante es observar hacia dónde se traslada el conflicto, una vez que se constata la inoperancia de la ley. De un lado, parece obvio que, tal y como se muestra en España, los partidos políticos intentan asimilar estas tensiones reorganizando su funcionamiento interno mediante la ampliación de la base que elige a sus dirigentes y candidatos. Sin embargo, no debe pasarse por alto que esta vía, de articularse al hilo de fracasos electorales y sin una ordenación clara, puede conducir paradójicamente a un ahondamiento de la desustancialización del proceso político, convirtiendo a los partidos en meras plataformas de liderazgos, como bien ejemplifica el sistema político de los Estados Unidos. De otro lado, es factible que el conflicto articulado tradicionalmente a través del procedimiento legislativo y en último extremo mediante la alternancia, acabe por abordar a la propia Constitución. Esta posibilidad se comprende bien con la reforma española del artículo 135. Tal modificación responde claramente a tres de los postulados estudiados: la racionalización de la economía que propugna la Unión, la neutralización del conflicto que auspicia la gran coalición y la búsqueda de la eficacia mediante la tecnificación de la política (no olvidemos que el parámetro constitucional se llena por primera vez de elementos cuantitativos). La amortiguación del pluralismo que supuso su aprobación y que conllevan sus consecuencias, explican a la perfección la aparición de posiciones que hacen del texto constitucional su blanco natural. Cuando el texto constitucional, que debería ser momento de unidad a partir de un procedimiento de elaboración abierto, se convierte en un símbolo de un pluralismo débil, entonces, es plausible que la Constitución termine siendo la norma de una mayoría inestable y, por consiguiente, tierra de combate.